# Die Sicherung der Bauforderungen

## nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, insbesondere nach § 648.

**Anhang: Die neueren Bestrebungen und die Gesetzentwürfe zum Schutze der Bauforderungen.**

---

## Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

**Hans Drost**

aus Arenshausen

Assessor am kgl. Amtsgericht zu Dingelstädt.

Approbiert am 8. Mai 1906.

---

Heiligenstadt.
Brunn'sche Buchdruckerei
1906.

24

Referent: Univ.-Professor Dr. Oertmann.

# Literaturverzeichnis.


**Abgeordnetenhaus**, Verhandlungen, Stenogr. Berichte u. Drucksachen.

**Achilles**, B.G.B, 4. Aufl. 1903.

**Baehr**, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich. Kassel 1892.

**Baugewerkszeitung**, Organ des Innungsverbandes deutscher Baugewerksmeister, Baugewerks- u. Berufsgenossenschaften und d. deutschen Arbeitgeberbundes für d. Bauwesen, Berlin.

**Bayrischer Landtag**, Verhdlg. der Kammer der Abgeordneten.

**Biberfeld**, Die Sicherung der Bauhandwerker nach dem geltenden Recht und den neuen Gesetzentwürfen 1902 Berlin.

**Biermann**, Sachenrecht, Kommentar, 1903 2. Aufl.

**Biermann**, Widerspruch und Vormerkung nach deutsch. Grundbuchrecht 1901.

**Blätter für Rechtsanwendung** im Bezirke des Kammergerichtes.

**Börsenzeitung**, Berliner.

**Cosack**, Lehrbuch des bürgerl. Rechtes, 4. Aufl. 1903.

**Cretschmar**, Das bürgerl. Recht 1902.

**Crome**, System des deutsch. bürgerl. Rechtes, Tübingen u. Leipzig 1902.

**Dernburg**, Das bürgerl. Recht des deutschen Reiches und Preußen, Recht d. Schuldverhältnisse 1. u. 2. Aufl. 1901, Sachenrecht 3. Aufl.

**Dernburg**, Pandekten 7. Aufl. Berlin 1903.

**Dernburg**, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen d. heutigen römisch. Rechtes, Leipzig 1860—64.

**Dernburg**, Der Entwurf eines R.G. über die Zwangsvollstreckung in der Zeitschrift Pionier von 1890 Nr. 19—24, 1891 Nr. 2—4 (Jahrgang VI u. VII).

**Dochnal**, Die Gefahrtragung beim Werkvertrage nach röm. Recht u. dem B.G.B. in Iherings Jahrbüchern Bd. 48 S. 241 ff.

**Ehrenberg** in Blättern f. Rechtsanwendung im Bez. d. Kammer-Ger. 1892 Nr. 5.

**Endemann**, Lehrbuch des bürgerl. Rechtes Bd. I 9. Aufl. 1903, Bd. II 1 8./9. Aufl. 1904.

**Enneccerus/Lehmann**, Das bürgerl. Recht 1. Aufl. 1900.

**Entwürfe** eines Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen nebst Begründung u. einer Übersicht der Äußerungen, welche zu dem im Jahre 1897 veröffentlichten Gesetzentwurfe ergangen sind. Amtl. Ausgabe 1901 Berlin Deckers Verlag — zitiert: Entwürfe v. 1901.

**Foerster/Eccius**, Preuß. Privatrecht 7. Aufl. 1896/97.

**Franke** im Recht 1902 S. 260.

**Freese**, Das Pfandrecht der Bauhandwerker Leipzig 1901.

**Freiwillige Gerichtsbarkeit**, Sammlung von Entscheid., herausgegeben vom Reichsjustizamt.

**Fuchs**, Kommentar z. Grundbuchordnung 1902.

**Fuchs**, Über das Wesen der Dinglichkeit.

**Gierke**, Deutsches Privatrecht, Sachenrecht 1905.

**Gierke**, Gegen den Gesetzentwurf eines B.G.B. Leipzig 1889.

**Glück**, Pandekten XIX Erlangen 1817.

**Gruchots** Beiträge zur Erläuterung d. deutschen Rechtes.

**Gutachtliche** Äußerungen zu dem Entw. eines B.G.B., Zusammenstellung, gefertigt im Reichsjustizamte 1890.

**Haberland** im Zentralblatt für d. deutsche Baugewerbe Nr. 51 v. 22. Dezember 1905.

**Hachenburg**, Dienstvertrag und Werkvertrag, Mannheim 1898.

**Handwerkskammern**, gutachtliche Äußerungen derselben.

**Herrenhaus**, Stenogr. Berichte der Verhdlgn.

**Hilse**, Gutachten zum 20. deutschen Juristentage Bd. I S. 218—248.

**Hilse** im Archiv für bürgerl. Recht Bd. II S. 78 ff.

**Hilse**, Der 8. Gesetzentwurf z. Sicherung d. Bauforderungen in der Baugewerkszeitung 37. Jhrg. (1905) Nr. 81.

**Jahrbuch** für Entscheidungen des Kammergerichtes.

**Jaeger**, Kommentar zur K.K.O. 2. Aufl. 1904.

**Juristische Wochenschrift.**

**Juristenzeitung**, deutsche.

**Juristische Monatsschrift** für Posen, Ost- und Westpreußen.

**Juristentag**, Verhandlungen des 20. (1889), des 24. (1898) und des 26. (1902) Juristentages.

**Koch**, Kommentar zum A.L.R., 8. Aufl. 1886.

**Kuhlenbeck**, Kommentar zum B.G.B., 2. Aufl. 1903.

**Lotmar**, Der Arbeitervertrag nach dem Privatrecht d. deutsch. Reiches. I. Bd. 1902.

**von Madei**, Über das Pfandrecht des creditor in restitutionem aedificii in Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß XIX S. 83 ff.

**Meschelsohn**, Hypothekarisches Pfandrecht für Bauhandwerker, in den volkswirtschaftlichen Zeitfragen Heft 127 Berlin 1895.

**Motive** zu dem Entwurfe eines B.G.B. für das deutsche Reich 1888.
**Motive** zu dem Entwurf einer Grundbuchordnung u. eines Gesetzes betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Berlin (Guttentag) 1889.
**Neumann**, Kommentar zum B.G.B. 4. Aufl. 1905.
**Neumann** Jahrbuch des deutschen Rechtes 1904.
**Oberneck**, Das Reichsgrundbuchrecht 2. Aufl. 1900.
**Obertribunal**, preußisches, Entscheidungen.
**Oertmann**, Das Pfandvorrecht der Bauhandwerker in Conrads Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik Bd. 60 (1893) S. 87 ff., 266 ff., S. 387 ff.
**Oertmann** im Jurist. Literaturblatt v. 1. Juli 1895.
**Oertmann**, Das gesetzliche Pfandrecht der Bauhandwerker Wien 1896.
**Oertmann**, Die Bauhandwerkerfrage und der Entwurf eines Reichs-Ges. betr. d. Sicherung d. Bauforderungen in Brauns Archiv (für soziale Gesetzgebung und Statistik) Bd. XII (1898) 1. Heft S. 35 ff.
**Oertmann**, Das Pfandvorrecht der Bauhandwerker im Handwörterbuch der Staatswissenschaften 2 Aufl. 6. Bd. S. 76 ff.
**Oertmann**, Die Gesetzentwürfe von 1901 im Archiv f. bürg. Recht Bd. 20 S. 252 ff.
**Oertmann**, Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar, 1899.
**Planck**, Kommentar zum B.G.B., II. Bd. 1. u. 2. Aufl. 1900; III. Bd. 3. Aufl. 1905.
**Protokolle** der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B.G.B. Berlin 1897.
**Protokolle** der Konferenz preußischer Handwerkskammern, abgehalten zu Berlin am 15./16. Januar 1906.
**Recht**, herausgegeben von Sörgel.
**Rechtsprechung** der Oberlandesgerichte auf d. Gebiete d. Zivilrechtes (Mugdan/Falke).
**Reichsgericht**, Entscheidungen in Zivilsachen.
**Reichstag**, Verhandlungen, Stenogr. Berichte und Drucksachen.
**Rehbein und Reinke**, Kommentar zum A.L.R. 5. Aufl. 1894.
**Rheinisches Archiv** für das Zivil- und Kriminalrecht.
**Riezler**, Der Werkvertrag nach dem B.G.B. für d. deutsche Reich 1900.
**Rümelin**, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.
**Rundschau**, Sammlung von Entscheidungen in Frankfurter Rechtssachen, herausgegeben von der Jurist. Gesellschaft in Frankfurt a. M.
**Sammlung** von Entsch. des bayr. Oberst. Landesgerichtes in Zivilsachen.
**Scherer**, Kommentar zum B.G.B. 1897—1903.
**Scherer**, Die 6 ersten Jahre des B.G.B.

**Sächsisches Archiv** für bürgerl. Recht u. Prozeß von Hoffmann, Sommerlatt u. Wulfert.

**Schlayer,** Beiträge zum röm. Pfandrecht, im Archiv f. zivilistische Praxis Bd. 40 S. 78 ff., 218 ff.

**Schneider,** Die Gesetzentwürfe zur Sicherung der Bauforderungen vom Jahre 1901—1901.

**Seufferts Archiv** für Entscheidungen der obersten Gerichte.

**Seufferts Blätter** für Rechtsanwendung.

**Simonsohn,** Der gesetzliche Schutz des Bauhandwerks, Dissertation Greifswalde 1898.

**Staub,** Gutachten zum 20. deutsch. Juristentage Bd. I S. 248—258.

**Staudinger,** Kommentar zum B.G.B., 2. Aufl. 1905.

**Striethorsts Archiv** für Rechtsfälle.

**Struckmann-Koch,** Kommentar zur Z.P.O. 7. Aufl. 1900.

**Teutsch** in Seuff. Blättern f. Rechtsanwendung Bd. 67 (1902) S. 118.

**Turnau-Foerster,** Das Liegenschaftsrecht 2. Aufl. 1902/03.

**Willenbücher,** Das Liegenschaftsrecht des Bürg. Gesetzbuches u. der Reichsgrundbuchordnung 1904.

**Windscheid,** Pandekten, 8. Aufl. 1900.

**Zentralblatt** für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat von Lobe.

# Inhaltsangabe.

I.

Seite

§ 1. Einleitung: Notlage des Baugewerbes und Notwendigkeit von Schutzbestimmungen . . . . . 1
§ 2. Früheres Recht . . . . . 5
§ 3. Die allgemeinen Sicherungsmittel des B.G.B. . . . . 8

II.

## Der besondere Sicherungsanspruch des § 648 B.G.B.

§ 4. Entstehungsgeschichte . . . . . 12
§ 5. Begriff des Unternehmers nach § 648 . . . . . 22
§ 6. Die durch § 648 geschützten Forderungen . . . . . 33
§ 7. Rechtliche Natur und Durchführung des Anspruches . . . 41
a) Rechtliche Natur des Anspruches . . . . . 41
b) Verhältnis zwischen dem Sicherungsanspruch und der Bauforderung . . . . . 48
c) Vormerkung . . . . . 52
d) Einwirkung des Konkurses . . . . . 59
e) Übergangszeit . . . . . 60

III. Anhang.

§ 8. Die neueren Bestrebungen und die Gesetzentwürfe zum Schutze der Bauforderungen . . . . . 61

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0157

# I.

## § 1.

## Einleitung: Notlage des Baugewerbes und Notwendigkeit von Schutzbestimmungen.

Eine der größten Sorgen der modernen Gesetzgebung ist die Frage, in welcher Weise die Forderungen der Bauhandwerker, die sog. Bauforderungen, wirksam geschützt werden können. An ehrlichem Willen zu helfen hat es nicht gefehlt[1]). Aber die Schwierigkeiten waren zu groß, die sich hier der Durchführung des modernen sozial-politischen Grundsatzes: Schutz der wirtschaftlich Schwachen, Erhaltung und Stärkung des Handwerkes, entgegenstellten. Denn eine Sicherung der Bauforderungen birgt leicht die Gefahr in sich, den Kredit des Baugrundstückes herabzusetzen und den für das Baugewerbe so notwendigen Zufluß von Kapital zu erschweren oder gar zu verhindern. Trat dieses ein, so war damit zweifellos eine Schädigung des Bauhandwerkes verbunden, weil dieses dann weniger Arbeit finden würde. So mußte man bei einer Regelung der Frage stets erwägen, ob nicht der gewünschte Schutz von den Bauhandwerkern allzu teuer erkauft würde und in Wirklichkeit eine Schwächung des Baugewerbes herbeiführte. Ein Gesetz aber, das wieder nimmt, was es gibt, ist nicht nur überflüssig, sondern auch

[1]) Vgl. besonders die Ausführungen des Staatssekretärs des Reichsjustizamtes in der Reichstagsverhandlung vom 26. Februar 1904 (Stenogr. Berichte S. 1312 u. 13).

schädlich! Aber die Notwendigkeit eines Schutzes war allzu deutlich fühlbar und drängte zu gesetzgeberischen Schritten. In unseren Großstädten wurde der Bauschwindel mit der zunehmenden Bautätigkeit gar zu üppig und geradezu sprichwörtlich[1]). Die krassen Mißstände, die allzu häufig im großstädtischen Bauwesen herrschen, werden am besten gekennzeichnet durch folgende Sätze der Begründung zum Entwurfe eines Reichsgesetzes betr. Sicherung der Bauforderungen von 1897[2]):

„Der typische Vorgang, wie er übereinstimmend von allen mit den Verhältnissen Vertrauten dargestellt wird, ist in Kürze der:

„Der Besitzer einer Baustelle, welcher diese mit tunlichst hohem Gewinn verwerten will, baut nicht selbst, sondern sucht einen Bauunternehmer, dem er zum Zwecke der Bebauung das Grundstück zu einem hohen Preise verkauft. Darauf, daß dieser Bauunternehmer zahlungsfähig ist, wird von dem Verkäufer kein Gewicht gelegt, im Gegenteil werden unsolide Elemente bevorzugt, weil diese geneigt sind, weit über den wahren Wert hinausgehende Preise zu bewilligen. Der Kaufpreis wird hypothekarisch eingetragen, außerdem wird ein Baugeldvertrag abgeschlossen, durch welchen der Baugeldgeber sich verpflichtet, nach Maßgabe des Fortschreitens des Baues bestimmte Beträge zu zahlen, deren Rückzahlung durch eine vor Beginn des Baues eingetragene Hypothek sichergestellt wird. Die Bedingungen des Vertrages sind in der Regel sehr ungünstig für den Bauunternehmer und derart, daß der Baugeldgeber mit Leichtigkeit es zu einer Zwangsversteigerung des Grundstückes bringen kann. Baugeldgeber ist entweder der Verkäufer selbst oder ein Dritter, häufig ein Bankinstitut; in letzterem Falle wird meist

[1]) Vgl. besonders Oertmann im Jahrbuch f. Nationalökonomie und Statistik Bd. 60 S. 266 ff., besonders S. 268; Freese S. 31 ff., Verhandlungen des deutschen Reichstages in der Sitzung vom 22. Januar 1896 (S. 473 des Berichtes); III. Bericht der Justizkommission d. Preuß Abgeordnetenhauses vom 14. Juni 1895 nebst Anlagen; cf. auch R.G. Bd. 45 S. 1 ff., in einem Falle, wo der Kaufpreis den Wert des Baugrundstücks um $^3/_7$ überstieg.

[2]) Amtliche Ausgabe der Entwürfe von 1901 S. 82 — fortan zitiert: „Entwürfe von 1901."

dem Baugelddarlehn in gewissem Umfange das Vorrecht vor dem eingetragenen Kaufgeld eingeräumt, mindestens soweit, als das Kaufgeld den wahren Wert der Baustelle übersteigt. Ein Teil der Baugelder wird in allen Fällen zur Bezahlung der Bauhandwerker, Arbeiter und Lieferanten verwendet, damit das Bauen in Gang kommt. Im übrigen kommt es auf die Person des Bauunternehmers an. Ist er gewissenlos, so verwendet er den Rest der Baugelder zur Bezahlung anderer Schulden und zur Bestreitung eines seine Verhältnisse übersteigenden Aufwandes. Alsdann ist der Zusammenbruch in kurzer Zeit unvermeidlich und das Gebäude, welches vielleicht im Rohbau fertig geworden ist, fällt in der Zwangsversteigerung an den Baugeldgeber oder Verkäufer, während die Bauhandwerker und Bauarbeiter bei der Verteilung des durch die eingetragene Hypothek voll in Anspruch genommenen Erlöses leer ausgehen. Aber auch dann, wenn der Unternehmer nicht darauf ausgeht, auf Kosten der Handwerker und Arbeiter zu leben, kommt es leicht zur Zwangsvollstreckung, weil die Baugelder nicht zur vollständigen Deckung der Baukosten ausreichen, vielmehr in der Regel nur in Höhe von $^2/_3$ des Betrages der Baukosten gegeben werden. Auch der solide Bauunternehmer muß, wenn er nicht kapitalkräftig ist, um den Bau vollenden zu können, eine längere Kreditierung eines Teiles der den Bauhandwerkern zu zahlenden Vergütung in Anspruch nehmen. Gelingt es ihm, das Haus fertig zu stellen und bald günstig zu vermieten oder zu verkaufen, so kommen alle Beteiligten zu ihrem Gelde. Häufig wird ihm aber die Vollendung des Baues oder die günstige Verwertung desselben nicht möglich, sei es infolge ungünstiger Konjunkturen, sei es infolge Drängens seiner Hypothekengläubiger und chikanöser Ausnutzung der ihm nachteiligen Bestimmungen des Baugeldvertrages; dann ist das Ergebnis im Wesentlichen das gleiche wie bei dem unredlichen Unternehmer, die Bauhandwerker fallen in der Zwangsversteigerung aus."[1])

[1]) Mag diese Darstellung auch nicht immer zutreffen, besonders nicht in den Fällen, wo der Grundstückseigentümer nur für seine eigenen Bedürfnisse

Unter solchen Umständen hatte der Gesetzgeber die Pflicht, Abhilfe zu schaffen; das hier um so mehr, als er selbst den Bauhandwerkern die Wunden geschlagen hat. Denn die Bauhandwerker erleiden ihre Verluste großenteils durch die Konstruktion unserer Gesetze, daß der auf einem Grundstück errichtete Bau wesentlicher Bestandteil desselben und darum dessen Belastungen unterworfen wird. Den Bauhandwerkern wird also vom Gesetz der durch ihre Tätigkeit geschaffene Wert zugunsten anderer entzogen; sie verlangen deshalb in Wirklichkeit nur die Wiederherstellung ihrer durch das Gesetz selbst geschmälerten Rechte [1]) Dieserhalb ist der von den Gegnern so oft gemachte Einwand unzutreffend, das Gesetz dürfe nicht zugunsten eines einzigen Standes Ausnahmebestimmungen treffen.

Die jahrzehntelangen Bestrebungen zum Schutze der Bauhandwerker fanden einen gewissen Abschluß in der Schaffung des § 648 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Da man aber den hierdurch gewährten Schutz nicht für ausreichend hielt, so erstrebte man weitere Sicherung durch ein besonderes Gesetz. Das führte zur Ausarbeitung verschiedener Entwürfe eines Reichsgesetzes zur Sicherung der Bauforderungen (von 1897, 1901 und 1905) und nunmehr auch zur Vorlegung des jüngsten (des achten) Gesetzentwurfes vor die gesetzgebenden Faktoren.

Da das Bedürfnis nach einer besonderen gesetzlichen Regelung nur dann vorhanden ist, wenn unser jetzt geltendes Recht die Bauhandwerker nicht genügend schützen kann, so dürfte eine Darstellung desselben nicht ohne Interesse sein, zumal in dieser Zeit, wo durch die Vorlegung des Gesetzentwurfes bei dem Reichstage Hoffen und Werden sehr nahe gerückt sind. Der Vollständigkeit halber soll auch

---

und nicht zu Spekulationszwecken baut, so ist sie doch in vielen Fällen leider zu richtig und zeigt deshalb genügend, wie notwendig eine Schutzgesetzgebung ist. Vgl. noch Entw. v. 1901 S. 91 ff., wo zustimmende Äußerungen zu dieser Schilderung angeführt sind.

[1]) Vgl. Schneider S. 4, Oertmann a. a. O. Bd. 60 S. 272, Vortrag S. 16, Moschelsohn S. 17; a. Meinung Simonsohn S. 81.

das frühere Recht — wenn naturgemäß auch nur in beschränktem Umfange — dargestellt und als Anhang eine Übersicht über die neueren Bestrebungen und Gesetzentwürfe gegeben werden.

## § 2.

## Früheres Recht.

Dem römischen Recht ist eine spezielle Vorschrift zugunsten der Bauhandwerker unbekannt. Denn das in l. 1 D. in quibus causis p. 20, 2 von Papinian erwähnte pignus insulae creditori datum stand nur demjenigen zu, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes ein Darlehn gegeben hatte.[1]) Man weist ferner noch auf die Vorschrift in l. 5 D. qui pot. in pignore XX 4 hin, wo wegen versio in rem ein Pfandrecht gewährt wird, si in rem conservandam impensum est, quod sequens credidit[2]), besonders demjenigen, der ein Pfanddarlehn zur Reparatur und Ausrüstung eines bereits verpfändeten Schiffes gab. Dieses Pfandrecht sollte allen andern, auch den bereits entstandenen Pfandrechten vorgehen, weil das so gegebene Geld zur Erhaltung oder Verbesserung der verpfändeten Sachen gedient habe.[3]) Aber auch hier gewähren die Quellen ein Pfandrechtsprivileg nicht dem Werkmeister, sondern nur dem Baugeldgeber. Das Gemeine Recht ist auf diesem Standpunkt stehen geblieben und hat nach herrschender Ansicht diese Vorschriften auf Baumeister und Bauhandwerker nicht ausgedehnt.[4])

[1]) Senatus consulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori, domino mandante, nummos ministravit."

[2]) l. 5: „Interdum posterior potior est priori; utputa si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero."

[3]) Ulprian in l. 6 pr. D. XX 4: Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam "

[4]) Es ist zwar Oertmann im Jahrbuch Bd. 60 S. 99 ff. bes. S. 102/03 zuzugeben, daß man diese Stellen auf Grund einer freieren und den heutigen Verhältnissen würdigeren Auslegung wohl auf die Bauhandwerker anwenden

Erst die Partikulargesetzgebung gewährte, gedrängt durch die im Bauwesen immer mehr hervortretenden Übelstände, dem vorleistungspflichtigen Bauhandwerker eine Sicherung. Das allgemeine Landrecht, das wie wenige andere Gesetze die wirtschaftlichen Bedürfnisse seiner Zeit verstand und ihnen gerecht zu werden suchte[1]), gab dem Werkmeister aus eigenem Antriebe in den §§ 971, 972 I 11 ein Vorrecht, welches er auf das Gebäude eintragen lassen konnte. § 971 bestimmte: „Bei unbeweglichen Sachen hat der Werkmeister in Ansehung der darin verwendeten Materialien und Arbeiten ein in der Konkursordnung näher bestimmtes Vorrecht." — § 972 heißt: „Dieses Vorrecht kann er, solange der Konkurs noch nicht eröffnet ist, auf die Sache auch ohne die besondere Einwilligung des Schuldners eintragen lassen."

Das im § 971 erwähnte Vorrecht ist aber von der Preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 nicht übernommen und somit beseitigt[2]). Der durch § 972 außerhalb des Konkurses gewährte Hypothekentitel ist nach der Entscheidung des Preußischen Obertribunals vom 19. Juli 1859[3]) und der ihr gefolgten gleichmäßigen Praxis der Gerichte durch Art. XI des Einführungsgesetzes zur Preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855 und später — bis 1900 — durch § 757 der alten Zivilprozeßordnung (vgl. Preuß. Ausführ.-Gesetz zur Konkursordnung von 1879 § 11) aufrecht erhalten[4]). Das Reichsgericht hat sich Bd. 26 S. 228 dahin aus-

---

könnte; aber die herrschende Ansicht des gen. Rechtes hat dies nicht getan. Vgl. Dernburg, Pfandrecht I § 37 S. 317, Dernburg, Pandekten I S. 658, 690, Oberappelationsgericht Celle v 12. September 1837 in Seuffert's Archiv I Nr. 187 S. 195, Glück XIX S. 25 Nr. 69, Oertmann B.G.B. Anm. 1 zu § 648, Oertmann im Handwörterbuch Bd. VI (1901) S. 76, Riezler S. 154, Madai in Lindes Zeitschrift XIX S. 100, Schlayer im Archiv f. zivil. Praxis Bd. 49 S. 83, Simonsohn S. 18, 23.

[1]) Oertmann a. a. O. Bd. 60 S. 100. [2]) Koch und Rehbein zu § 971. Oertmann daselbst S. 105, Simonsohn S. 24.

[3]) Entscheidungen Bd. 41 S. 110, Striethorsts Archiv Bd. 33 S. 341.

[4]) Rehbein und Koch zu § 972, Oertmann Bd. 60 S. 105, Simonsohn S. 24. Foerster-Eccius II S. 291 Anm. 112.

gesprochen, daß § 972 auch für den Werkmeister anwendbar sei, „der nur Materialien, die in ein Gebäude verwandt sind, für den Bauherrn angefertigt und geliefert hat." Gemäß § 19 des preuß. Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 konnte der Unternehmer auf Grund seines ihm nach § 972 zustehenden Hypothekentitels eine Hypothek jedoch erst dann erwerben, wenn der Grundstückseigentümer in deren Bestellung eingewilligt hatte oder rechtskräftig verurteilt war. Den Rang dieser Hypothek konnte er sich allerdings bereits vor der Klageerhebung durch eine nach § 22 des Eigentumserwerbsgesetzes im Wege einstweiliger Verfügung einzutragende Vormerkung sichern.

Der Code civil gibt im Art. 2103 Nr. 4 und Art. 2110 dem Baumeister, Bauunternehmer, Maurer und den andern Arbeitern, die gebraucht werden, um Gebäude, Kanäle und andere Werke irgend einer Art zu errichten, wieder aufzubauen oder auszubessern, ein Vorzugsrecht auf das Grundstück bis auf die Summe, um die der Wert des Grundstückes zur Zeit der Veräußerung durch die daran gemachten Arbeiten erhöht ist.

Diese Bestimmung des Code civil ist fast wörtlich in das Badische Landrecht vom 3. Februar 1809 (Art. 2103[4], 2106, 2110) übergegangen.

Ferner sind nach §§ 12 Ziffer 9, 30 und 108 des Bayrischen Hypothekengesetzes vom 1. Juni 1822 Baumeister, Bauunternehmer und andere Arbeiter wegen der für Errichtung, Wiederherstellung oder Ausbesserung von Gebäuden, Kanälen und anderen Werken entstehenden Forderungen, desgleichen diejenigen, die dazu Materialien geliefert haben, auf diesen Gebäuden oder Werken zur Erwerbung einer Hypothek kraft Gesetzes selbst und ohne daß dazu eine ausdrückliche Erklärung des Schuldners notwendig wäre, berechtigt.[1])

Eine ähnliche Vorschrift hat das Württembergische Pfandgesetz vom 15. April 1825 in den Art. 42, 78, 195, 199 u. 201.

[1]) Vgl. neuestens Erkenntnis des Oberst. Landgerichtes München in den Blättern f. Rechtsanwendung Bd. 63 S. 156.

## § 3.

### Die allgemeinen Sicherungsmittel des B.G.B.

Als solche kommen natürlich nur die dem Bauhandwerker *kraft Gesetzes* zustehenden in Betracht, denn es ist selbstverständlich, daß der Bauherr dem Bauhandwerker *vertragsmäßig* die verschiedenste Sicherung (wie Hinterlegung, Hypothekenbestellung usw.) gewähren kann.

Zwei Momente sind geeignet, die allgemeinen, einem Werkmeister zustehenden Sicherungsmittel für das Baugewerbe unanwendbar zu machen: nämlich 1. die Vorleistungspflicht des Bauwerkmeisters gemäß § 641 des Bürgerlichen Gesetzbuches und 2. der bereits oben (S. 4) erwähnte Umstand, daß der von den Bauhandwerkern errichtete Bau wesentlicher Bestandteil des Baugrundstückes (§ 94, 93, 946 B.G.B.) und deshalb derselben Rechtslage unterworfen wird. Aus ersterem Grunde ist die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes an der für den Bau zu leistenden Arbeit nach § 273 B.G.B. ausgeschlossen; letzterer Umstand ist die Ursache, daß dem Unternehmer das ihm sonst durch § 647 B.G.B. gewährte Pfandrecht nicht zusteht, — denn dieses gilt nur für *bewegliche* Sachen, die sich in seinem Besitz befinden (vgl. unten S. 12 § 4) — und daß weiterhin der Vorbehalt des Eigentums an den in den Bau hineingebauten Sachen wirkungslos ist.

Sonstige Schutzvorschriften stehen dem Bauhandwerker aber nur ausnahmsweise zur Seite. Nach § 321 B.G.B. kann er die ihm obliegende Leistung verweigern, bis Bezahlung erfolgt oder Sicherheit für sie geleistet ist, aber nur unter der Voraussetzung, daß *nach* dem Abschlusse des Werkvertrages in den Vermögensverhältnissen des Bauherrn eine wesentliche Verschlechterung eintritt. Dieser Fall dürfte nicht allzu häufig praktisch werden, denn die Notlage liegt ja gerade darin, daß mittellose Grundstückserwerber einen Bau beginnen. Das Recht des § 321 B.G.B. ist aber nicht gegeben, wenn die schlechte Vermögenslage bereits beim Vertragsabschlusse vorhanden ist. Die Unkenntnis hiervon schützt den Bau-

handwerker nicht. Unter Umständen wird ihm ja vielleicht ein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung (§ 123), häufiger noch wegen Irrtums (§ 119) zustehen[1]), da ein Irrtum über die Zahlungsfähigkeit des Bauherrn als Irrtum über eine wesentliche Eigenschaft zu gelten hat und deshalb nach Abs. 2 des § 119 B.G.B. gegebenenfalls ein Anfechtungsrecht begründen kann.[2]) Aber die Geltendmachung des Anfechtungsrechtes könnte den Bauhandwerker nur dann wirklich vor Schaden behüten, wenn sie erfolgte, bevor er an dem Baue Arbeiten geleistet hat, weil sonst ihre Rücknahme entweder ganz ausgeschlossen oder wenig wertvoll für ihn ist.

Hat der Bauunternehmer zugleich bewegliche Sachen herzustellen, die er in den Bau einzufügen hat, wie der Tischler, der Türen und Fenster liefert, so kann er durch Zurückhaltung dieser Sachen den Bauherrn vielleicht zur Bezahlung zwingen; aber an sich hat er auch hier erst nach der Verbindung dieser Sachen mit dem Bau einen Anspruch auf Bezahlung und kommt sogar bei Mahnung oder Ablauf des Lieferungstages durch die Nichtleistung in Verzug. Das wird nur dann nicht zu gelten haben, wenn das Rechtsverhältnis die Natur eines Lieferungsgeschäftes hat, wenn also die Lieferung der Sachen die Hauptsache, die Hineinfügung in den Bau daneben vollständig gleichgültig ist. In einem solchen Falle haben die Beteiligten Zug um Zug zu leisten (vgl. aber unten S. 25).

Am meisten kann sich der Bauhandwerker noch durch die Ausbringung eines Arrestes gegen den Bauherrn sichern. Aber nach § 920 d. Zivilprozeßordnung hat er einen Arrestgrund glaubhaft zu machen, was ihm in den meisten Fällen kaum gelingen dürfte. Denn nach § 917 daselbst findet der dingliche Arrest statt, wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde. Die schlechte Vermögenslage des Schuldners und die drohende Kon-

[1]) Jurist. Wochenschrift 1902 S. 99.
[2]) Rechtsprechung Bd. 3 S. 39.

kurrenz anderer Gläubiger bilden für sich allein noch keinen Arrestgrund[1]); andere Umstände müssen noch hinzukommen. Es dürfte aber ausreichen, wenn der mittellose Bauherr die ihm gezahlten Baugelder nicht bestimmungsgemäß zur Begleichung der Bauschulden, sondern zur Bestreitung eines seine Verhältnisse übersteigenden Aufwandes verwendet. Die Vollendung des Werkes ist nicht Vorbedingung des Arrestes, weil nach § 916 II Z.P.O. ein Arrest auch zulässig ist für den (durch die Vollendung des Werkes) bedingten Anspruch. Nach § 932 wird der Arrest vollzogen durch Eintragung einer Sicherungshypothek auf dem Baugrundstück. Dabei ist der im Arrest nach § 923 anzugebende Geldbetrag als der Höchstbetrag zu bezeichnen, für den das Grundstück haftet. Nach § 932 III in Verbindung mit § 929 II Z.P.O. muß aber der Antrag auf Eintragung der Hypothek innerhalb 2 Wochen seit Verkündung oder Zustellung des Arrestbefehles gestellt werden.

Diese Sicherungshypothek wird dem Bauhandwerker aber in den zahlreichen Fällen keinen Nutzen bringen, wo das Baugrundstück bereits über seinen Wert belastet ist, z. B. zugunsten des Verkäufers mit einer Restkaufgeldhypothek oder zugunsten des Baugeldgebers mit einer sog. Baugelderhypothek. Bekanntlich wird die Baugelderhypothek vom Baugeldgeber selten in voller Höhe ausgenutzt, weil dieser zu seiner eigenen Sicherung selten die ganze eingetragene Summe als Baugelder zum Bauen hergibt.[2]) Dann entsteht in Höhe der nicht mit Valuta belegten Baugelderhypothek gemäß § 1163 B.G.B. eine Eigentümerhypothek und, da dem Bauherrn keine Forderung zusteht, gemäß § 1177 eine Grundschuld. Das hat für die Bauhandwerker die unangenehme Folge, daß sie im Falle der Zwangsversteigerung die volle eingetragene Baugelderhypothek, nicht allein den wirklich an den Bauherrn gezahlten Teil ausbieten müssen, um ihre Hypothek zu retten. Hat der Bauhandwerker einen Vollstreckungstitel für seine Forderung, so kann er sich gegen diesen Nachteil schützen, wenn er nach § 857

[1]) R.G. Bd. 3 S. 417.

[2]) Vgl. die Schilderung oben S. 3 und Oertmann im Archiv Bd. XII S. 43.

VI und § 830, 837 Z.P.O. die Zwangsvollstreckung in die dem Bauherrn zustehende Grundschuld betreibt, weil er dann an dessen Stelle tritt. Aber dieses Mittel wird nur demjenigen Bauhandwerker zustehen, der seine Leistung zu Beginn des Baues bewirkt hat, sodaß er bereits eine fällige Forderung erlangt hat und sich hierfür einen vollstreckbaren Titel verschaffen konnte.

Hat der Bauherr einen festen Vertrag über die Hergabe von Baugeldern abgeschlossen, sodaß er einen Anspruch auf Bezahlung der Gelder hat (pactum de mutuo dando), so kann der Bauhandwerker auf Grund eines vollstreckbaren Titels das Baudarlehn pfänden und sich überweisen lassen[1]) oder, falls ein Arrestgrund gegeben ist, einen Arrest darauf ausbringen. Freilich darf durch eine solche Pfändung die Lage des Baugeldgebers nicht verschlechtert werden, sonst ist sie mit Rücksicht auf § 399 B.G.B. und § 851 Z.P.O. unwirksam.[2])

Zuweilen dürften auch die Bestimmungen über den Wucher, besonders die des § 138 B.G.B., für den Bauhandwerker nützlich sein. Ist das Baugrundstück unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Käufers derart über den wahren Wert hinaus verkauft worden, daß dieser in auffälligem Mißverhältnis zu dem Kaufpreis steht, so ist der Kaufvertrag nach § 138 II nichtig; ebenso ist ein Baugeldervertrag nichtig, der unter gleichen Voraussetzungen dem Baugeldgeber allzu günstige Bedingungen einräumt. Der Verkäufer erwirbt darum die für ihn eingetragene Restkaufgeldhypothek nicht, weil ihm eine Kaufgelderforderung nicht zusteht. Auch der Baugeldgeber erwirbt eine Hypothek nur soweit, als ihm eine Forderung gegen den Bauherrn, nämlich ein Rückforderungsanspruch auf Grund der wirklich erfolgten Hingabe der Gelder, zusteht. Die Nichtigkeit dieser Verträge kann auch der Bauhandwerker geltend machen.

---

[1]) Ober-L.G. München im Recht 1901 S. 231, Ober-L.G. Köln im Rheinischen Archiv 1902 (Bd. 98) S. 83. [2]) Ober-L.G. Dresden im Sächs. Arch. 1902 (23) S. 367, Rechtsprechung Bd. 5 S. 133. J. Wochenschrift 1902 S. 435; Scherer Bd. II S. 329, 804 Nr. 2.

Es sei schließlich noch auf § 10 Z. 2 des Zwangsversteigerungsgesetzes hingewiesen, wonach bei einem land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücke die in einem Dienst- oder Arbeitsverhältnis stehenden Personen wegen ihrer Lohnforderungen ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke haben. In ähnlicher Weise zählt § 61 Z. 1 der Konkursordnung diese Personen zu Konkursgläubigern. Die Anwendung dieser Vorschriften für das Bauhandwerk ist aber sehr zweifelhaft und stets nur dann möglich, wenn es sich um Personen handelt, die auf Grund eines Dienstvertrages Arbeiten leisten, also um wirkliche Arbeiter, Tagelöhner, nicht um selbständige Handwerker.

Aus dem Angeführten ersieht man, wie wenig der Bauhandwerker von unserem Rechte geschützt wird. Der ihm zur Zeit gegebene Schutz beschränkt sich daher in Wirklichkeit auf den durch § 648 B.G.B. gewährten. Seine Auslegung soll im folgenden gegeben werden, zugleich mit seiner Entstehungsgeschichte, die das Verständnis des Gesetzes sehr fordern wird.

## II.

# Der besondere Sicherungsanspruch des § 648 B.G.B.

### § 4.

### Entstehungsgeschichte.

Der Erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich — veröffentlicht im Jahre 1888 — enthielt keine Vorschrift zugunsten der Bauforderungen. Denn der § 574 — der jetzige § 647 — galt nur für bewegliche Sachen und konnte deshalb nicht zur Anwendung kommen, weil die vom Werkmeister gelieferten Arbeiten durch ihre Verbindung mit dem Baugrundstück ihre Eigenschaft als bewegliche Sache verlieren. Eine dem § 648 entsprechende Vorschrift war aber in dem Entwurfe

nicht enthalten. Damit beseitigte dieser stillschweigend die von den früheren Rechten gegebenen Sicherungsmittel. Die Motive zu dem Entwurf eines Zwangsversteigerungsgesetzes, der von derselben Kommission ausgearbeitet ist, suchen diesen Schritt zu rechtfertigen (S. 95). Sie erklären es für ein höchst bedenkliches Wagnis, den Bestrebungen nach einem Vorzugsrecht für die Bauhandwerker nachzugehen, und meinen, durch Gewährung eines solchen Vorzugsrechtes, das, um wirksamen Schutz zu bieten, auch den älteren Hypotheken und Grundschulden vorgehen müsse, käme der Gesetzgeber zu Hypotheken, die, ohne selbst dem Eintragungszwange unterworfen zu sein, eingetragenen Hypotheken und Grundschulden vorgehen würden. Ein solcher Bruch in das Eintragungsprinzip würde aber die Grundlage des Realkredits erschüttern und zugleich die Bauhandwerker schädigen, für welche die Gelegenheit zu lohnender Beschäftigung sich vermindern würde.

Gegen diesen wirklich rückschrittlichen Standpunkt erhob sich alsbald nach Veröffentlichung des Entwurfes und der in seinem Vorwort enthaltenen Aufforderung zur Einreichung von Gutachten und Vorschlägen von den verschiedensten Seiten ein starker Widerspruch. Natürlich waren es ganz besonders die beteiligten gewerblichen Kreise, die energisch eine Änderung des Entwurfes verlangten.

Der Innungsverband deutscher Baugewerksmeister faßte auf seinem im September 1888 abgehaltenen Delegiertentage einstimmmig folgenden Beschluß[1]: „Das in dem Entwurf § 574 dem Unternehmer zugestandene gesetzliche Pfandrecht ist auch auf den Baugewerksmeister an dem von ihm gefertigten Bauwerke derart zu erweitern, daß derselbe: a) solange in der Innehabung des auf dem Grund und Boden des Bestellers errichteten Gebäudes rechtsvermutet wird, bis dasselbe gemäß den Bestimmungen des Bauverdingungsvertrages zur Ablieferung fertig übergeben und von dem Besteller übernommen wurde; b) die gleiche Rechtsvermutung sich bei einem Reparaturbaue auf die für solchen gefertigten Leistungen erstreckt; c) infolgedessen ihm ein Absonderungsrecht der-

[1]) Gutachtliche Äußerungen Bd. II S. 320, Baugewerkszeitung vom 20. Okt. 1888 Nr. 85 S. 937 ff., Freese S 2 , Oertmann, Jahrbuch Bd. 60 S. 90.

gestalt gebührt, daß er vorzugsberechtigte Befriedigung aus dem Kauferlöse des mit seinem Werk versteigerten Grundbesitzes in Höhe desjenigen Betrages fordern darf, um den der Wert des Grundbesitzes durch das gefertigte Werk erhöht wurde, und zwar sowohl in dem Konkurs über das Vermögen des Bestellers als auch außerhalb desselben und selbst vor denjenigen Gläubigern, welche ein Grundschuld- oder Hypothekenrecht nach demjenigen Zeitpunkt erwerben, in welchem die Inangriffnahme der baulichen Arbeiten erfolgte; d) er dieses Vorrecht, auch ohne Bewilligung des Bestellers, als Vormerkung zur Erhaltung desselben in der Rangordnung der Gläubiger auf dem Grundstücke eintragen lassen darf."

Der deutsche Bund für Bodenbesitzreform überreichte am 8. Januar 1892 dem damaligen Staatssekretär des Reichsjustizamtes und Vorsitzenden der Kommission für die zweite Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches Dr. Bosse nachstehende Petition nebst ausführlicher Begründung[1]): „Sämtliche beim Neubau eines Gebäudes beteiligten Handwerker, Lieferanten und Arbeiter haben bis 6 Monate nach der baupolizeilichen Gebrauchsabnahme des Gebäudes für ihre durch Lieferung von Materialien und Arbeiten entstandenen Forderungen ein Recht auf Eintragung in das Grundbuch. — Die so entstandenen Hypotheken genießen bei Gleichberechtigung unter sich ein Vorzugsrecht vor allen anderen dinglichen Belastungen, soweit solche nicht auf öffentlichen Titeln beruhen."

Des weiteren sollten die Hypothekengläubiger von jeder Baugenehmigung Nachricht erhalten und nach Erhalt dieser Anzeige berechtigt sein, binnen 30 Tagen ihre Forderungen zur Rückzahlung mit 3monatlicher Frist zu kündigen. Vor Sicherstellung oder Auszahlung des gekündigten Betrages sollte der Bau nicht begonnen werden dürfen.

Dieser Petition schlossen sich, indem sie sich „mit ihrem Inhalt voll und ganz einverstanden erklärten," noch im Laufe des Februar 1892 an: Die Berliner Innungen der Maler, Gelb-, Kunst-

[1]) Gutachtl. Äußerungen II S. 319ff., Freese S. 25 26, S. 251, 252ff., Oertmann daselbst.

und Metallgießer, Tischler, Dach- und Schieferdecker, Steinsetzer, Tapezierer, Steinmetzen, Klempner, Bauhandwerker und Stuckateure, des Fuhrwerks sowie des Bauhandwerkervereins, eing. Genoss. mit beschränkter Haftpflicht[1]).

Auch der am 10. Februar 1892 zu Berlin abgehaltene deutsche Innungs- und Handwerkertag schloß sich einstimmig der erwähnten Petition an[1]).

Der Handwerkerverein für den Westen und Südwesten Berlins verlangte in einer Eingabe an den Reichskanzler vom 26. Februar 1892 für die Bauforderungen ein gesetzliches Pfandrecht, das hinsichtlich des Mehrwertes allen anderen Rechten vorgehen, aber erlöschen sollte, wenn es nicht binnen 3 Monaten nach der baupolizeilichen Gebrauchsabnahme des Gebäudes eingetragen würde[1]).

Auch in den Kreisen der Juristen fand der Entwurf zahlreichen Widerspruch. Zwar hatte der 20. deutsche Juristentag[2]) in seiner Sitzung vom 12. September 1889 die Frage, ob es sich empfehlen würde, den Bauhandwerkern einen Rechtstitel zur Eintragung einer Hypothek am Baugrundstück zu gewähren, mit 20 gegen 20 Stimmen verneint, wobei die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gab. Aber beide dem Juristentage unterbreitete Gutachten[3]) hatten sich übereinstimmend für die Beibehaltung des Pfandrechtstitels ausgesprochen. Der Referent des Juristentages, Justizrat M. Levy, beantragte jedoch entgegen den beiden Gutachten folgende Resolution anzunehmen: „Das durch § 574 des Entwurfs zugestandene Pfandrecht des Werkmeisters an beweglichen Sachen ist auf unbewegliche Sachen nicht auszudehnen.“ Diese Resolution wurde dann auch mit dem erwähnten Stimmenresultat

[1]) Vergl. gutachtl. Äußerungen Bd. II S. 319ff., Zusätze Bd. VI S. 461, Freese S. 27, 265, Oertmann im Jahrbuch S. 95.

[2]) Verhandlungen S. 215—238.

[3]) Gutachten des Kreisgerichtsrats a. D. Dr. Hilse, des Rechtsverständigen des Innungsverbandes deutscher Baugewerksmeister. Gutachten Bd. I S. 218—248. Gutachten des Rechtsanwalts Dr. Staub daselbst Bd. I S. 248—258.

angenommen, wiewohl sich sämtliche Redner[1]) für den Pfandrechtstitel ausgesprochen hatten.

Von den zahlreichen Juristen, die in Wort und Schrift für die Bauhandwerker eintraten und Änderung des Entwurfes forderten, seien hier nur erwähnt: Bähr, Dernburg, Gierke, Ehrenberg, Oertmann, Hilse, Fuchs[2]). Die meisten von denen, die zu dieser Frage Stellung nahmen, verlangten ein privilegiertes Pfandrecht.

Auch in den gesetzgebenden Körperschaften kamen die Mißstände im Baugewerbe öfters zur Sprache; auch hier hielt man einen Schutz der Bauforderung für nötig[3]).

Die Mehrzahl der Regierungen, besonders Bayern, Sachsen, Württemberg, Mecklenburg, stimmte jedoch für den Entwurf, indem sie der Ansicht war, daß von der Beseitigung des Hypothekentitels oder der Nichteinführung des Vorrechtes der Bauhandwerker nachteilige Folgen nicht zu gewärtigen seien. Nur Preußen und Baden traten für die Gewährung eines Anspruches auf Hypothekenbestellung ein. Der preußische Justizminister schlug in seinen Bemerkungen über die in dem Rundschreiben des Reichskanzlers vom 27. Juni 1889 hervorgehobenen Punkte (Nr. 26[b] S. 115) folgenden Zusatz zum § 574 vor: „Dem Übernehmer eines Bauwerkes steht das Recht zu, zur Sicherung seiner Forderungen für geleistete Arbeit,

---

[1]) Dernburg, Hilse, die Rechtsanwalte Dr. Staub, Dr. Scherer-Leipzig und Dr. Beck-Nürnberg.

[2]) Bähr in seinem „Gegenentwurf für das B.G.B." § 620. Gierke in seiner Schrift „Gegen den Gesetzentwurf eines B.G.B." S. 373. Dernburg: „Der Entw. eines R.G. über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke" in der Zeitschrift „Pionier" von 1890 Nr. 19, 20, 21, 24, 1891 Nr. 2, 3, 4 (Jahrgang VI und VII). Oertmann im Jahrbuch Bd. 60 (1892), Hilse im Archiv f. bürg. Recht II S. 78, Fuchs, das Wesen der Dinglichkeit S. 126, 154. Ehrenberg, Blätter für Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts Nr. 5, 1892.

[3]) Drucksachen des Reichstages von 1893 94 Nr. 126, 271, von 1894 96 Nr. 28, 56; 1895 96 Nr. 36, 39. — Drucksachen des Preuß. Abgeordnetenhauses von 1892 Nr. 69, 249; 1892 93 Nr. 95, 260; 1895 Nr. 270; Stenogr. Berichte 1894 S. 476. — Herrenhaus: Stenogr. Berichte 1892 S. 281—83, 1895 S. 42—49. — Verhandlungen d. Kammer d. Abgeordneten des bayerischen Landtages 1885/86 S. 540—545, 569, 583.

Auslagen und Hergabe von Stoffen die Eintragung einer Sicherungshypothek an dem dem Besteller gehörenden Baugrundstück zu verlangen." — Die Justizkommission des preuß. Abgeordnetenhauses faßte auf eine Petition des Bundes für Bodenbesitzreform den Beschluß, die Erwartung auszusprechen, daß die Kgl. Staatsregierung ihren Einfluß beim Reiche nachdrücklich dahin geltend machen werde, daß der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches in Gemäßheit des oben erwähnten Vorschlages des Justizministeriums ergänzt werde[1]).

So vielfache Einwendungen veranlaßten die zweite Kommission, die zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches eingesetzt war, den Entwurf abzuändern. In der 2. Kommission wurden zu § 574 fünf Anträge gestellt[2]), nämlich:

1. Dem Übernehmer eines Bauwerks steht das Recht zu, wegen seiner fälligen Forderungen für geleistete Arbeit und Auslagen die Bestellung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers zu verlangen;
2. „die unter 1 vorgeschlagene Bestimmung nicht aufzunehmen";
3. derselben die Fassung zu geben:

   „Bei Grundstücken hat der Unternehmer eines in sie zur Verwendung gelangten Werkes wegen seiner Forderungen für Arbeit, Material und Auslagen das Recht auf Bestellung einer Sicherungshypothek an dem Grundstücke."
4. folgende Bestimmungen hinzuzufügen:

   „Dem Übernehmer eines Bauwerks oder einzelner Teile desselben steht das Recht zu, wegen seiner Forderungen für Arbeit (Material) und Auslagen die Bestellung einer Hypothek an dem Grundstücke des Bestellers zu verlangen und zur Sicherung der Stelle derselben in der Reihenfolge der Eintragungen nach Maßgabe des § 845 eine Vormerkung auf dieses Grundstück eintragen zu lassen. Mehrere Hypotheken für Forderungen aus demselben Bau-

[1]) Drucksachen d. Preuß. Abgeordnetenhauses 1892 Kommissions-Bericht Nr. 69.

[2]) Vergl. Protokolle der 2. Kommission Bd. II S. 321 ff.

werke haben unter sich den gleichen Rang. — Die Vormerkung ist auf Antrag des Eigentümers zu löschen, wenn nicht binnen 6 Monaten nach Abnahme des Bauwerks die Umschreibung derselben in eine Hypothek bewirkt oder auf dieselbe geklagt ist."

5. Dem § 574 als Abs. 2 hinzuzufügen:

„Der Übernehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teils eines solchen hat gegen den Besteller einen Anspruch auf Bestellung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke wegen seiner Forderungen aus dem Werkvertrage."

eventuell dieser Bestimmung hinzuzufügen:

„Dieser Anspruch steht ihm, wenn die Forderungen noch nicht fällig sind, nur für einen der bereits geleisteten Arbeit entsprechenden Betrag der versprochenen Vergütung und die in dieser nicht mitinbegriffenen Auslagen zu."

Die Bestimmung des § 574 selbst blieb unbeanstandet.

Von den Anträgen 1, 3, 4, 5 wollten: der Antrag 1 den Anspruch auf Hypothekenbestellung nur wegen der fälligen Forderungen geben, der Antrag 4 und der prinzipale Antrag 5 wegen aller Forderungen aus dem Werkvertrage schon vor der Fälligkeit, der Antrag 3 und der event. Antrag 5 wegen der nicht fälligen Forderungen nur in Höhe eines den gelieferten Arbeiten entsprechenden Teiles der Vergütung. Der Antrag 4 wollte im Gegensatz zu den andern Anträgen eine Verkehrshypothek gewähren.

Die Kommission lehnte den Antrag 4, soweit er einen Anspruch auf Bestellung einer Buchhypothek geben wollte, und den prinzipalen Antrag 5 ab, nahm dagegen den event. Antrag 5 an, wodurch sich die übrigen Anträge erledigten. Entsprechend den angenommenen Anträgen stellte die Kommission dann den § 583 Abs. II, den jetzigen § 648, in den 2. Entwurf ein. Die Entscheidung über die Zulassung einer Vormerkung und über die Rangordnung mehrerer Hypotheken sollte bis zur Beratung des Sachenrechtes zurückgestellt werden.

Gegen die Gewährung eines gesetzlichen Anspruches auf Hypothekenbestellung wurde in der Kommission allerdings geltend gemacht, sie sei von geringem Wert und befriedige nicht die gewerblichen Kreise, die ein Vorzugsrecht vor allen Hypotheken verlangten. Ein solches müsse jedenfalls auf den Betrag beschränkt werden, um den sich der bei der Zwangsversteigerung erzielte Erlös durch die Leistungen der Baugewerksleute erhöhe, sei also von schwer feststellbaren Voraussetzungen abhängig und würde darum einen ungewissen Rechtszustand schaffen. Ein Vorzugsrecht stände auch im Widerspruch mit der Grundbucheinrichtung, und dieser Zustand müßte den verhängnisvollsten Einfluß auf den Realkredit ausüben. — Ebenso undurchführbar sei der Vorschlag des Bundes für Bodenbesitzreform (vgl. oben S. 14), der den Bauhandwerkern ein Vorzugsrecht und den Hypothekengläubigern, um sie gegen die hieraus entstehenden Gefahren zu schützen, ein Kündigungsrecht gewähren wolle. Solche Vorschriften würden nur die Ausbildung eines Monopols großer Unternehmer beschleunigen. — Es sei auch nicht Aufgabe der Gesetzgebung, die Baugewerksleute auf alle Fälle vor Schäden zu bewahren und ihnen zu ermöglichen, bei Übernahme der Arbeiten von jeder Prüfung der Vermögenslage des Bauherrn abzusehen.

Der bloße Anspruch auf Hypothekenbestellung sei zwar weniger bedenklich, sichere aber den Werkübernehmer nur dann wirklich, wenn er den Anspruch sofort nach dem Vertragsabschlusse habe. Aber in den Fällen, wo der Unternehmer dem Bauherrn das nötige Baukapital nicht selbst beschaffen könne, müßte der Unternehmer entweder auf die Hypothekenbestellung verzichten oder dem Baugeldgeber den Vorrang einräumen. Wollte man den Anspruch aber für den der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung gewähren, so würde der Besteller, der zur Beschaffung des Baukapitals des durch das Baugrundstück gewährten Realkredits bedürfe, in seinen Dispositionen gefährdet, wenn der Übernehmer zu jeder Zeit für eine Teilforderung die Eintragung einer Hypothek verlangen könne.

Der Anspruch auf Hypothekenbestellung vermöge so wenig den

Schäden im Bauwesen abzuhelfen, wie der gesetzliche Hypothekentitel des preußischen und bayrischen Rechtes deren Ausbildung zu hindern vermocht habe. Es sei nicht anzunehmen, daß bei Abschaffung desselben die Verluste sich wesentlich steigern würden. In den meisten Fällen, in denen vom Hypothekentitel Gebrauch gemacht werde, sei die Ausbringung eines Arrestes möglich. Der Hypothekentitel sei auch nur anwendbar, wenn dem Unternehmer der Eigentümer als Besteller gegenüberstehe.

Abweichend von diesen Ausführungen erkannte die Mehrheit dagegen die Klagen der beteiligten gewerblichen Kreise über die Mißstände im Baugewerbe als teilweise begründet an. Sie ging davon aus, daß der Bauunternehmer durch seine Arbeit den Wert des Grundstückes erhöhe, und daß es deshalb billig sei, wenn der Mehrwert ihm für seine Forderungen vorzugsweise hafte. Der Unternehmer könne, weil zur Vorleistung verpflichtet, sich nicht durch Zurückbehaltung seiner Leistung sichern, wie dies der Lieferant von Baumaterialien könne. Allerdings könne die Rücksicht auf den Realkredit, wie von der Gegenseite hervorgehoben, nicht gestatten, den Schutz durch ein gesetzliches, von der Eintragung unabhängiges Vorzugsrecht zu gewähren. Die Gewährung eines Anspruches auf Hypothekenbestellung sei darum die einzige Form, in der ein Schutz der Bauhandwerker möglich erscheine. In Preußen sei von dem Pfandrechtstitel vielfach Gebrauch gemacht; er habe sich hier als wertvoll erwiesen.

Die von der zweiten Kommission beschlossenen Bestimmungen des § 583 II, der als § 638 in den sog. revidierten, dem Bundesrate vorgelegten Entwurf eingestellt wurde, fanden die Zustimmung des Bundesrates und gingen unverändert als § 638 in den Entwurf III (Reichstagsvorlage) über.

In der Reichstagskommission wurde zu § 638 der Antrag[1]) gestellt, seinen ersten Satz folgendermaßen zu fassen:

„Der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines solchen, sowie diejenigen, welche Arbeit für das

[1]) Stenogr. Berichte, Session 1895/97, Bericht der Reichstagskommission, III. Anlageband Nr. 440 der amtl. Drucksachen S. 1979 u. 80.

Bauwerk ausgeführt oder Waren zum Bauwerk geliefert haben, können für ihre Forderungen aus dem Vertrag die Einräumung einer Hypothek an dem Baugrundstück des Bestellers verlangen."

Allein von den Vertretern der Regierung und aus der Mitte der Kommission wurde gegen den Antrag eingewendet die Ausdehnung eines Schutzes auf solche Unternehmer, die nicht mit dem Eigentümer des Baugrundstückes, sondern mit einem Hauptunternehmer kontrahiert hätten, führe zu großer Verwirrung und belaste gegebenenfalls das Grundstück für ein und dieselbe Leistung mehrfach; eine Ausdehnung auf Lieferanten sei nicht notwendig, weil diese ihr Zurückbehaltungsrecht ausüben und außerdem wegen ihrer größeren Kapitalkraft sich selbst hinreichend sichern könnten. Die Gewährung einer Hypothek statt einer Sicherungshypothek würde häufig den Interessen der Bauhandwerker zuwider sein.

Ferner wurde zu § 638 beantragt, die Voraussetzung auszusprechen, „daß in dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen für die im § 638 bezeichneten Forderungen ein Vorzugsrecht vor den voreingetragenen Hypotheken in Höhe der Wertsteigerung des Grundstückes aufgenommen werde." Man wies aber darauf hin, daß die Sicherung der Bauhandwerker, die überall auf das ernsteste erwogen würde, in befriedigender Weise nur durch ein Spezialgesetz erfolgen könne und daß ein solches durch den gestellten Antrag verhindert werden würde. Es ginge auch nicht an, von den fast 30 Vorschlägen einen einzigen herauszugreifen, ohne zu wissen, ob derselbe wirklich zum Ziele führe.

Beide Anträge wurden daraufhin mit großer Mehrheit abgelehnt.

Im Plenum des Reichstages stellten Auer und Genossen den Antrag (Nr. 465 der Drucksachen von 1896 ad 42), zu § 638 folgenden Zusatz zu machen: „Das gleiche Recht steht dem Lieferanten von Materialien für das Bauwerk und dem Arbeiter zu, welcher eine Arbeitsleistung in das Bauwerk verwendet hat."

Nachdem der Abgeordnete Frohme für diesen Antrag gesprochen, der Kommissar des Bundesrates Struckmann sich jedoch

energisch gegen seine Annahme erklärt und auch die Abgeordneten Lenzmann, Dr. von Cuny, Dr. von Buchka und Enneccerus gebeten hatten, es bei dem Beschlusse der Kommission zu belassen, wurde der Antrag abgelehnt und der § 648 entsprechend der Reichstagsvorlage in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügt.[1]) Er bestimmt: „Der Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes kann für seine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstücke des Bestellers verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen."

## § 5.

## Begriff des Unternehmers nach § 648.

Der Anspruch des § 648 B.G.B. steht zu dem Unternehmer eines Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles eines solchen. Der Begriff des Unternehmers ist jedenfalls zunächst der allgemeine des § 631 B.G.B., wie aus der Stellung beider Paragraphen in demselben Titel folgt. Unter Unternehmer bezeichnet § 631 denjenigen Vertragsteil in einem Werkvertrage, dem die Herstellung des versprochenen Werkes obliegt.

§ 648 setzt also zunächst einen Vertrag voraus, was auch die spezielle Hervorhebung „aus dem Vertrage" im § 648 ergibt. Er findet sonach keine Anwendung, wenn jemand, ohne zum Bauherrn in einem entsprechenden Vertragsverhältnis zu stehen, aus irgend einem Grunde Arbeiten in einen Bau leistet. Für eine Forderung aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag, z. B. wenn jemand für einen Hausbesitzer aus freien Stücken eine notwendige Reparatur ausführt, kann niemals der Anspruch des § 648 gegeben sein (vgl. auch unten S. 26).

Das Gleiche gilt, wenn der zwischen dem Werkmeister und

[1]) Stenogr. Bericht der Reichstagsverhandlungen 1895—97 S. 2815Cff.

dem Besteller abgeschlossene Vertrag nichtig oder zu Recht angefochten ist (§ 116 ff. B.G.B.). Ist der Unternehmer in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so hängt die Wirksamkeit des von ihm abgeschlossenen Vertrages von der Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters ab (§ 108). Der Anspruch aus § 648 steht daher nur dann dem in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Bauhandwerker zu, wenn sein gesetzlicher Vertreter den Vertrag genehmigt, also mit der Arbeitsleistung für den Bau einverstanden ist. Das Recht aus § 648 ist niemals gegeben auf Grund der bloßen Tatsache der Arbeit.

Weiterhin setzt § 648 einen Werkvertrag voraus.[1]) Das ergibt sowohl seine Entstehungsgeschichte wie auch seine Stellung zwischen den Vorschriften über den Werkvertrag.

§ 648 steht sonach demjenigen nicht zur Seite, der in Erfüllung eines Dienstvertrages Baumaterialien in das Bauwerk des Dienstherrn fügt oder sonstige Arbeiten daran verrichtet[2]). Rümelin S. 248 ff. will den § 648 auch bei dem Vorliegen eines Dienstvertrages anwenden, denn es sei kein Grund vorhanden, die Anwendung des § 648 davon abhängig zu machen, ob der Arbeitnehmer wie beim Werkvertrage eine Gefahr trage. Der Gesichtspunkt der Vorleistungspflicht und der Werterhöhung treffe auch beim Dienstvertrage zu. Die Reichstagsverhandlungen könnten nicht hiergegen angeführt werden, weil offenbar bei ihnen nicht an eine Klarlegung der vorliegenden Frage gedacht sei. — Das Letztere mag wohl richtig sein, da der Begriff „Werkvertrag" bei den Verhandlungen tatsächlich niemals in Gegensatz zum „Dienstvertrag" gestellt ist (vgl. oben S. 21/22). Es mag auch zuweilen für die Forderungen aus einem Dienstvertrage das Bedürfnis nach Schutz hervortreten. Dennoch geht es nicht an, den § 648 analog anzuwenden. Er ist nach seiner ganzen Natur eine Ausnahme-

[1]) Ebenso Planck S. 387[2], Staudinger S. 482 II 1, Crome II S. 693, Goldmann/Lilienthal S. 667 II 1.

[2]) Ebenso Dernburg II S. 444 III a, Goldmann/Lilienthal S. 667 II 1 Note 10.

vorschrift, als solche streng auszulegen und nicht weiter anzuwenden, als nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte angenommen werden kann.[1])

Ob die Arbeiten zu einem Baue gerade auf Grund eines Werkvertrages erfolgt sind, wird des öftern zweifelhaft sein, weil gerade bei Bauten die verschiedensten Verträge gemischt oder im innigsten Zusammenhange vorkommen, so besonders Werkvertrag und Dienstvertrag einerseits, Werkvertrag, Werklieferungsvertrag und Kauf anderseits.[2]) In jedem einzelnen derartigen Falle muß geprüft werden, ob mehrere verschieden zu beurteilende Verträge vorliegen oder nur einziger Vertrag, dessen Natur sich natürlich darnach bestimmt, welche Arbeit und Leistung als die wirtschaftlich wichtigste erscheint. Liefert ein Bauhandwerker zur Ausführung der Arbeit zugleich Baumaterialen, z. B. ein Maurermeister Sand, Kalk, Zement, so bleibt die Ausführung der Arbeit meist die Hauptsache, der gegenüber die Lieferung der Materialien etwas Nebensächliches, mehr Zufälliges bedeutet. In solchen Fällen ist deshalb das ganze Verhältnis zwischen den Parteien für die Anwendung des § 648 lediglich unter dem Gesichtspunkte des Werkvertrages anzusehen und der Bauhandwerker nur als Unternehmer eines Werkes, nicht etwa auch zugleich als Verkäufer, als Lieferant zu betrachten. Der Anspruch des § 648 steht ihm deshalb auch zu für seine Forderung aus diesen Lieferungen. Das ergibt auch die Verhandlung im Reichstag, wo der Kommissar des Bundesrates Struckmann erklärte: „Soweit Bauhandwerker zugleich die Materialien liefern, können sie die Einräumung der Sicherungshypothek auch für ihre Forderungen wegen der gelieferten Materialien verlangen".[3]) Man muß aber stets die Einschränkung machen, daß

[1]) Ebenso Hilse im Recht 1902 S. 459. — Dagegen gelten nach § 6 der Entwürfe von 1901 und nach § 10 des neuesten, dem Reichstage vorgelegten Entwurfes die an der Herstellung des Bauwerkes oder eines einzelnen Teiles auf Grund eines Dienstvertrages Beteiligten als Baugläubiger.

[2]) Siehe auch Staudinger S. 448[8].

[3]) 111. Sitzung vom 22. Juni 1896, Stenogr. Bericht S. 2815ff.

die Lieferung von Materialien gegenüber der Arbeit von minderer Bedeutung, die Herstellung eines Werkes dagegen das wichtigere Moment ist.[1]) Denn an sich bezieht sich § 648 nicht auf gewöhnliche Lieferungskäufe. Da der Lieferant nicht zur Vorleistung verpflichtet ist, sondern nur zur Leistung Zug um Zug, so fehlt es an einem Grunde für den Schutz.[2]) Der Lieferant hat es stets in der Hand, durch Zurückhaltung der Lieferung die Bezahlung zu erzwingen oder sich doch vor Verlusten zu bewahren. Es kommt hinzu, daß die Lieferanten meist leistungsfähiger und kapitalkräftiger sind als die Bauhandwerker und darum nicht so sehr des gesetzlichen Schutzes bedürfen, auch zumeist ihre Bedingungen vorschreiben können. — Gleichgültig ist, ob es sich hierbei um die Lieferung fertiger oder erst herzustellender Gegenstände handelt,[3]) ob z. B. das Sägewerk von seinen vorhandenen Dachsparren zum Baue liefert oder sie erst zuschneidet zum Zwecke der Lieferung.

§ 648 kommt ferner nicht in Betracht, wenn ein Werklieferungsvertrag (§ 651) vorliegt.[4]) Nach Abs. II daselbst finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung, wenn der Unternehmer sich nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen verpflichtet. Bei Bauwerken ist mit Rück-

[1]) Es soll nicht verkannt werden, daß die Grenzen zwischen Lieferanten und Bauhandwerker vielfach ineinander fließen. Des öftern lassen die Lieferanten auch die nötigen Arbeiten durch ihre Arbeiter ausführen, so z. B. lassen Ofenlieferanten auch die Öfen setzen, während umgekehrt, wie oben erwähnt, die Bauhandwerker wieder Baumaterial liefern. Aber durch die Schwierigkeit der praktischen Gestaltung kann die Richtigkeit eines Prinzips nicht in Frage gestellt werden!

[2]) Siehe Protokolle der 2. Lesung S. 327 M.T. (oben S. 40) Bericht der Reichstagskommission (oben S. 20), Reichstagsverhandlungen (oben S. 21) — Dertmann, Kommentar S. 371[3], Planck S. 387[2], Staudinger S. 482 II[1a], Dernburg II S. 444 III a — § 10 des neuen Entwurfes schützt dagegen im Anschluß an Entwurf B von 1901 auch diejenigen, welche zur Herstellung des Gebäudes Sachen geliefert haben. Näheres siehe unten § 8 S. 68.

[3]) Protok. der 2. Kommission S. 327.

[4]) Ebenso Riezler S. 156, Neumann 1c zu § 648, Staudinger S. 482 II[1c]; vgl. noch Protokolle S. 322 Abs. 2 bezügl. Antrag 3.

sicht auf § 94, § 946 B.G.B. das Baugrundstück des Bestellers als die Hauptsache anzusehen. Die verschiedenen Arbeiten, die bei der Errichtung eines Baues vorgenommen werden, können darum nur unter dem Gesichtspunkte des Werkvertrages beurteilt werden, auch wenn der Unternehmer dazu „Stoff" geliefert hat.[1]) In den übrigen Fällen eines Werklieferungsvertrages kommen nach Abs. I des § 651 die Vorschriften über den Kauf zur Anwendung, wenn es sich um die Herstellung einer vertretbaren Sache, sog. Dutzendware handelt, wodurch die Anwendung von § 648 ohne weiteres ausgeschlossen ist. Wird dagegen eine nicht vertretbare Sache hergestellt, so sollen gemäß Abs. I des § 651 zwar einzelne wichtige Vorschriften über den Werkvertrag gelten, aber nach ausdrücklicher Vorschrift ist § 648 ausgenommen (vgl. unten S. 31 32).

Unternehmer ist ferner aber nur derjenige, der einen Werkvertrag mit dem Eigentümer des Baugrundstückes geschlossen hat. Dem Werkübernehmer muß der Eigentümer des Baugrundstückes als Besteller gegenüberstehen. Der Bauhandwerker hat daher den Sicherungsanspruch des § 648 nicht, wenn der Mieter eines Hauses an diesem eine Reparatur vornehmen läßt;[2]) ebenso auch dann nicht, wenn der Besteller seinerseits wiederum nur Unternehmer des Baues ist, diesen also in Entreprise hat.[3]) In beiden Fällen steht der Bauhandwerker zum Eigentümer in keinem Vertragsverhältnis. — Steht er aber in direkter vertraglicher Beziehung zum Bauherrn, so macht es keinen Unterschied, ob er das ganze Bauwerk oder nur einzelne Teile desselben

[1]) Vgl. Motive zum B.G.B. II S. 476, Protok. II S. 342, Oertmann zu § 651 S. 375 [2a], Planck zu § 651 S. 390 [2d], Staudinger zu § 651 S. 491 III b. Der Entw. I § 568 enthielt die Bestimmung, daß die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung finden sollten, wenn aus dem von dem Übernehmer zu beschaffenden Stoff ein Bauwerk auf dem von dem Besteller zu beschaffenden Grund und Boden herzustellen sei. Diese Bestimmung wurde jedoch von der 2. Kommission als selbstverständlich gestrichen (Protok. S. 341 ff.).

[2]) Ebenfalls Riezler S. 156.

[3]) Ebenfalls Planck S. 387 [2], Riezler S. 156, Staudinger S. 482 II [2a] — Dagegen rechnet § 6a des Entwurfes B und ihm folgend auch § 11 des neuesten Entwurfes zu den Baugläubigern auch die Nachmänner, die nicht

oder nur Arbeitsgebiete übernommen hat.[1]) Unternehmer nach § 648 ist auch nicht derjenige, der auf eigenem Grund und Boden für einen andern einen Bau ausführt; dieser muß sich vertragsmäßig sichern.[2]) Gleichgültig ist der Umfang des Betriebes, der auch handwerksmäßig sein kann;[3]) gerade der Schutz des Handwerkes, der wirtschaftlich Schwachen war der Grundgedanke bei allen Beratungen. Nicht erforderlich ist, daß der Bauhandwerker gewerbsmäßig die Herstellung von Bauten oder Bauarbeiten betreibt oder daß er überhaupt Sachverständiger ist.[4]) Es genügt, daß er in einem einzelnen Falle einen Werkvertrag abgeschlossen hat.[5]) — Aber § 648 verlangt gewerbliche Selbständigkeit desjenigen, der die Arbeiten an dem Bau verrichtet.[6]) Der Anspruch steht also nicht etwa den einzelnen Zimmerleuten, Maurern usw. zu, sondern nur dem Zimmermeister, Maurermeister. Fehlt die Selbständigkeit, so wird auch stets nur ein Arbeits- und Dienstverhältnis, kein Werkvertrag vorliegen.

Der Sicherungsanspruch des § 648 steht endlich nur dem Unternehmer eines Bauwerks oder eines einzelnen Teiles eines solchen zu. Das Gesetz enthält sich einer Feststellung des mehrfach erwähnten (§§ 638, 1012, 1014) Begriffes „Bauwerk". Auch aus den Motiven und Protokollen ist seine Bedeutung nicht ersichtlich. Er ist darum nach den Anschauungen des Lebens zu bestimmen und im landläufigen Sinne aufzufassen.[7]) Jedenfalls ist der Begriff „Bauwerk" nicht gleichbedeutend mit dem Begriffe „Gebäude", sondern weiter als dieser.[8]) Wie die Motive III

mit dem Eigentümer, sondern mit einem Unternehmer abgeschlossen haben. (Näheres unten S. 69).

[1]) Staudinger S. 482 II $^{2b}$.

[2]) Hackenburg S. 85.

[3]) Crome II S 694.

[4]) Goldmann/Lilienthal S. $668_1$.

[5]) Planck, S. $387^2$.

[6]) Crome daselbst S. 694, Endemann I S. 1103 c.

[7]) R.G. Bd. 56 S. 41, Bd. 30 S. 153, Planck S. $387^2$.

[8]) Dagegen kommt nach § 2 der Entwürfe von 1901 und nach § 1 II

S. 470 zum Erbbaurecht hervorheben, ist dem Ausdruck „Bauwerk" der Vorzug vor dem speziellen Ausdruck „Gebäude" gegeben, um auch Monumente, Brücken, Viadukte und dergl. zu umfassen. Das wird auch hier zu gelten haben. Auf jeden Fall muß es sich aber um ein auf einem Grundstück zu errichtendes Werk handeln, weil nur an einem solchen eine Sicherungshypothek bestellt werden kann und weil § 648 ausdrücklich von dem Baugrundstück des Bestellers spricht.[1]) Die Durchschneidung des Luftraumes über dem Grundstücke, wie z. B. bei einer weitgespannten Brücke wird aber nicht ausreichen, wenn das Werk nicht auch zugleich das Grundstück berührt.[2]) Man wird deshalb mit dem Reichsgericht, Bd. 56 S. 41 und Bd. 50 S. 153, folgend dem Sprachgebrauch des Lebens, unter einem Bauwerk eine durch Anwendung von Material und Arbeit in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache zu verstehen haben, ohne Unterschied, ob es sich um Hoch- oder Tiefbauten handelt. Als Bauwerk können darnach angesehen werden: Brücken, Mauern Keller, Kanäle, Dämme, Viadukte, Denkmäler,[3]) Wasserleitungen, Gleisanlagen.[4]) Dagegen sollen nach den Motiven III S. 470 Anpflanzungen nicht zu den Bauwerken im Sinne von § 1112 zu rechnen sein.[5])

Es ist jedoch stets erforderlich, daß es sich um eine Sache

---

des neuesten Entwurfs eine Sicherung von Bauforderungen nur in Frage bei der Errichtung eines zu Wohn- oder gewerblichen Zwecken dienenden Gebäudes."

[1]) Dernburg S. 444 b, Oertmann S. 371[3], Planck S. 387, Riezler S. 156.

[2]) Ebenso Staudinger S. 282[16] zu § 1112, Kretschmar II S. 226; a Meinung Planck für § 1112 Anm. 3a.

[3]) Rechtsprechung Bd. 8 S. 122.

[4]) Kammergericht (Jahrbuch) Bd. 29 S. A 130.

[5]) Für das Erbbaurecht ist dies zweifellos richtig, weil es sich dort um eine nach Art und Umfang dauernd und gleichmäßig bestimmte Anlage handeln muß. Ob diese Entscheidung auch für § 648 gilt, kann immerhin zweifelhaft sein. Dagegen spricht nur der Wortlaut des Gesetzes und der Sprachgebrauch, während der innere Grund des § 648, die Vorleistung und die Werterhöhung, auch bei Anpflanzungen gegeben ist. Wiewohl Fälle sehr gut möglich sind, wo eine Erweiterung des Begriffes Bauwerk auf Anpflan-

handelt, die entsprechend § 946 mit dem Grundstücke verbunden und sonach wesentlicher Bestandteil desselben geworden ist.[1]) Denn nur in einem solchen Falle tritt eine wirkliche Werterhöhung beim Grundstücke ein. Feldscheunen gehören deshalb z. B. nur dann hierher, wenn sie nicht mehr als bewegliche Sachen gelten können, also gemäß § 95 zu einem dauernden, nicht bloß zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden des Bestellers verbunden sind.

Mit Recht hat das Reichsgericht (Bd. 56 S. 41) angenommen, daß artesische Brunnen sowie Doppelröhrentiefbrunnen und Rohrleitungen, die lediglich aus zusammengesetzten, in den Boden versenkten Rohrteilen (vgl. noch Kammer-G. Bd. 29 S. A 132) bestehen, keine Bauwerke sind. Wenn aber zur Herstellung des Brunnens noch Maurer- und Zimmerarbeit oder gar die Errichtung eines Brunnengebäudes nötig ist, so muß das ganze doch als Bauwerk und der Brunnenmacher, der diese Arbeiten übernommen hat, als Unternehmer angesehen werden,[2]) weil dann eine feste und dauernde Verbindung mit dem Grundstücke hergestellt wird.

Da die dem Unternehmer obliegende Verpflichtung nach § 631 Abs. II B.G.B. sowohl in der Herstellung wie in der Veränderung einer Sache bestehen kann, so folgt daraus, daß es sich nach § 648 keineswegs um einen Neubau zu handeln braucht. Der Sicherungsanspruch steht vielmehr auch demjenigen zu, der einen alten Bau auszubessern, zu erneuern oder umzubauen hat.[3])

---

zungen wünschenswert erscheinen kann, wird man doch mit Rücksicht auf die Anschauungen des Lebens eine solche Erweiterung ablehnen müssen.

[1]) Ebenso Staudinger S. 483 d.

[2]) Ebenso R.G. 11 III. 1902 in Jur. Wochenschr. 1902 S. 219; unentschieden R.G. Bd. 56 S. 42, a. Meinung R.G. 30 S. 153.

[3]) Ebenso Rechtsprechung Bd. 2 S. 283, Lobes Zentralblatt f. freiw. G. u. Notariat Bd. 4 S. 626, Crome II S. 693 Anm. 11, Dernburg S. 444 b, Kuhlenbeck S. 526 [2], Oberneck § 156 Nr. 1 S. 722, Oertmann S. 371 [3], Neumann Anm. 1 zu § 648, Staudinger S. 483 c, Planck S. 387 [2]. — § 1 II des Entwurfes von 1905 u. § 2 des Entwurfes von 1901, schützen jedoch nur Bauforderungen, die von einem Neubau herrühren.

Die Reparatur muß aber, wie oben S. 23 bemerkt, zufolge eines Werkvertrages, mithin als die Herbeiführung eines Arbeitserfolges übernommen sein.[1])

Der einzelne Teil des Bauwerks, der vom Werkmeister herzustellen oder zu verändern ist, braucht kein abgeschlossener, selbständiger Teil des Bauwerkes zu sein.[2]) Der Berichterstatter der Reichstagskommission Enneccerus stellte auf die Anfrage des Abgeordneten Frohme, was als Teil eines Bauwerks zu betrachten sei und ob jedem Handwerker, der etwas an dem Gebäude gemacht oder geleistet habe, das Recht des § 648 zustehe, unter Zustimmung der Regierungskommissare als Sinn der Vorschrift fest, „daß jeder, der irgend eine Arbeit, welcher Art sie auch sei, bei der Errichtung eines Gebäudes geleistet habe, infolge eines unmittelbar mit dem Eigentümer des Gebäudes geschlossenen Werkvertrages ein Recht hat, auf Grund dieses Paragraphen die Sicherungshypothek eintragen zu lassen."[3]) Diese Erklärung kann jedoch dem Wortlaut des § 648 gegenüber nicht aufrecht erhalten werden.[4]) Da die vom Bauhandwerker herzustellende Sache mindestens ein Teil eines Bauwerkes sein muß, so muß die bei ihrer Herstellung geleistete Arbeit in dem Bauwerk enthalten sein und körperlich, materiell in dem Bauwerk zum Ausdruck kommen. Dem Bauwerk muß ein greifbarer, sichtbarer Wert zugeführt sein. Es ergibt sich dies auch aus dem ganzen Zusammenhange, in dem jene Bemerkung erfolgt ist, und aus dem Zwecke der Vorschrift. Der Abgeordnete Frohme wollte wissen, ob jeder Handwerker den fraglichen Anspruch habe, der etwas an dem Gebäude gemacht oder geleistet habe, und der Abgeordnete Lenzmann (Berichte daselbst) wies darauf hin, daß § 648 dem alten preußischen Grundsatze folge, wonach jeder, der etwas in den Bau hineinbaue,

[1]) Rechtsprechung Bd. 2 S. 283.

[2]) Ebenso Oertmann S. 371[3], Planck S. 387[2], Riezler S. 156, Rümelin S. 249, Staudinger S. 482[3b].

[3]) Stenogr. Berichte S. 2817: vgl. oben S. 21.

[4]) Auch Rümelin S. 249 hält dies für fraglich.

eine Sicherheit haben sollte. Der Zweck der Vorschrift sollte aber der sein, daß die Unternehmer an dem Baugrundstücke eine Sicherheit haben sollten, dessen Wert sie durch die gänzliche oder teilweise Errichtung eines Bauwerks erhöhen. Aus diesen Gründen können diejenigen nicht als Unternehmer im Sinne von § 648 angesehen werden, deren Arbeit keinen Teil des Bauwerks herstellt und deshalb nicht körperlich und wahrnehmbar in dem Bauwerk zum Ausdruck kommt. Insbesondere gehören deshalb nicht diejenigen hierher, die lediglich die bei der Errichtung notwendige geistige Arbeit leisten, wie der Bauleiter, Bauführer, der Baumeister, der die Bauzeichnung angefertigt hat.[1]) Ebensowenig können Fuhrhalter hierhergezählt werden, die die nötigen Fuhren zum Bau machen,[2]) abgesehen davon, daß sie wohl zumeist von den Unternehmern des Baues und nicht vom Bauherrn angenommen sind. Auch die Ausschachtung eines Grundstückes zum Zwecke des Bebauens bildet keinen Teil eines Bauwerkes, sondern bereitet nur dessen Errichtung vor. Unternehmer der Erd- und Schachtarbeiten haben darum den Sicherungsanspruch des § 648 nicht.[3]) Geschützt sind hiernach vorzugsweise diejenigen, die Maurer-, Zimmer-, Dachdecker-, Schreiner-, Schlosser-, Glaser-, Tüncher-,[4]) Maler-, Stuckateur-, Installationsarbeiten geleistet haben.

Da die Arbeit bei der Errichtung des Bauwerkes geleistet sein muß, so kann derjenige, der Sachen zum Bau liefert, die Bestandteile desselben werden sollen, nur dann als Unternehmer geschützt werden, wenn er zugleich deren Einfügung in den Bau übernommen hat und besorgt[5]). Denn nur dann trägt er mit seiner Arbeit zur Errichtung des Bauwerks bei. Die bloße Herstellung

[1]) Ebenso Kammergericht v. 8. Oktober 1904 in Rechtsprechung Bd. X, S. 181, Oberlandesgericht Karlsruhe v. 25. Mai 1905 daselbst Bd XII S. 80.

[2]) Ebenso Rümelin S. 249; vgl. noch die oben S. 15 angeführte Beitrittserklärung der Berliner Fuhrwerksinnung vom Februar 1892.

[3]) Kammer-G. v. 17. Oktober 1905 in Rechtspr. XII S. 90.

[4]) O.L.G. Karlsruhe vom 1. November 1905 in Lobes Zentralblatt Bd. 6 S. 578 Nr. 622.

[5]) Neumann Anm. 3 zu § 648, Staudinger S. 483 b.

und Lieferung einer solchen beweglichen Sache für einen Bau ist lediglich als ein Werklieferungsvertrag (§ 651) aufzufassen und deshalb nach dem oben S. 26 Bemerkten nicht unter § 648 zu bringen. Es muß also zu der Herstellung der Sache noch eine Arbeit an dem Bau treten, also regelmäßig das Hineinfügen der Sachen in den Bau, denn im andern Falle stellt der Werkmeister nur etwas her, mit dessen Hilfe zwar ein Teil des Bauwerks errichtet werden soll, er selbst errichtet jedoch diesen Teil nicht. So ist z. B. die Herstellung von Schreinerarbeiten für einen Bau nur dann nach § 648 geschützt, wenn der Schreinermeister zugleich verpflichtet war, die Türen, Treppen, Fenster usw. in den Bau einzufügen und sie zu wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes zu machen, zu dessen Herstellung sie notwendig waren[1]). Bei Lieferung von Fenstern ist also das Einsetzen derselben durch den Bauhandwerker als Vertragsverpflichtung Voraussetzung[2]). Bei Jalousien muß deshalb das Anbringen und Einfügen übernommen werden[3]). — Dagegen ist der Anspruch des § 648 mit Recht vom Reichsgericht einem Fabrikanten versagt worden, der eine Ziegelpresse geliefert und durch einen Monteur hat aufstellen lassen, weil das Einbauen der Maschine nicht von ihm, sondern von dem Besteller zu besorgen war und besorgt ist[4]).

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß der Anspruch des § 648 demjenigen Werkmeister nicht zusteht, der die von ihm für den Bau hergestellten Sachen nicht in den Bau liefert, sondern zurückhält. Der Sicherungsanspruch aus § 648 greift also stets nur soweit Platz, als der Unternehmer das Zurückbehaltungsrecht nicht

[1]) Bayr. Oberste Landgericht v. 1. März 1901 in Rechtsprechung Bd. II S. 382, Seuff., Blätter f. Rechtsanwendung 1901 S. 385.

[2]) O.L.G. Köln v. 24. November 1900 in Rechtsprechung Bd. I S. 433

[3]) O.L.G. Dresden v 18. Januar 1900 im Sächs. Archiv Bd. 10 S. 47.

[4]) R.G. v. 11. März 1902 im Recht 1902 S. 149, — Jurist. Wochenschr. 1902 Beilage S. 219 — vgl. hinsichl. Beleuchtungs- und Dampfheizungsanlagen Bayr Ober-L.G. in Blätter f. Rechtsanw. Bd. 68 S. 442, R.G. v. 18. März 1904 in Warneyers Jahrbuch Bd. III Nr. 4 zu § 631.

ausübt. Das ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 648, wonach die Vorschrift bezweckt, daß dem Unternehmer der durch seine Arbeit herbeigeführte Mehrwert des Baugrundstückes für seine Vergütung vorzugsweise hafte. Es folgt das weiterhin auch aus Satz 2 des § 648, der vor Vollendung des Bauwerkes die Hypothek nur der geleisteten Arbeit entsprechend gewährt[1]).

Sind bei einem Bau, wie in der Regel, mehrere Bauhandwerker beteiligt, so hat jeder von ihnen den Sicherungsanspruch, unbekümmert um den andern[2]). Für den Unternehmerbegriff des § 648 ist es auch belanglos, daß mehrere gemeinschaftlich eine Arbeit für den Bau leisten, daß z. B. mehrere Brüder aus ihrer gemeinsam betriebenen Tischlerei Tischlereiarbeiten für einen Bau machen. Unternehmer des § 648 kann auch eine Gesellschaft oder sogar eine juristische Person sein, wenn dies dem ursprünglichen Zwecke des Gesetzes, das Handwerk zu schützen, auch nicht mehr entspricht.

§ 6.

## Die durch § 648 geschützten Forderungen.

Nach dem Wortlaut des § 648 hat der Unternehmer einen Sicherungsanspruch für seine Forderung aus dem Vertrage, unter dem nach dem oben Bemerkten nur ein Werkvertrag zu verstehen ist. § 648 stimmt in dieser Wendung mit § 647 überein und ist auch in gleichem Sinne aufzufassen[3]). Gesichert ist also in erster Linie die gemäß § 631 dem Unternehmer zu entrichtende Vergütung, sei es eine vereinbarte, taxmäßige oder ortsübliche. Ferner jeder andere Anspruch des Unternehmers, der seinen Rechtsgrund in dem Vertrage hat, also der Ersatzanspruch wegen Aus-

[1]) vgl. R.G. Bd. 58 S. 301, Jur. Ztg. 1904 S. 146, Jur. Wochenschr. S. 449, wonach der Werkmeister für den Besteller Tischlerarbeiten zu dessen Neubau geliefert, sie aber wegen Säumnis des Bestellers mit Zahlung der Bausumme zurückgehalten hat, um sich den Preis für die Arbeiten zu sichern.

[2]) Crome S. 694.

[3]) Ebenso Oertmann S. 372[5], Staudinger S. 483[5].

lagen, die nicht schon in der Vergütung für das Werk selbst enthalten sind[1]); ebenso der Zinsanspruch, der nach § 641 II dem Unternehmer für die nicht gestundete Vergütung seit der Abnahme des Werkes zusteht[2]). Hierher sind auch alle Ansprüche des Unternehmers zu rechnen, die erst durch das Hinzutreten besonderer Umstände zu dem Vertrage entstanden sind, die ihren Grund zwar nicht allein in dem Vertrage haben, bei denen aber der Vertrag „den Ausgangspunkt und die eigentliche Grundlage bildet[3])". So alle Forderungen auf Schadenersatz wegen Annahmeverzuges des Bauherrn[4]), besonders auch die Ansprüche auf Ersatz der Mehraufwendungen, die der Unternehmer im Falle des Annahmeverzuges seitens des Bauherrn für das erfolglose Angebot sowie für die Erhaltung und Bewachung des Bauwerkes machen mußte (§ 304 B.G.B.). Dann die Entschädigungsansprüche des Unternehmers nach § 642, wenn der Bauherr durch das Unterlassen einer von ihm bei der Herstellung des Werkes vorzunehmenden Handlung, z. B. der Erteilung näherer Ausführungsanweisungen, in Annahmeverzug kommt[5]). Ebenso auch der Anspruch aus § 645 auf Ersatz eines der geleisteten Arbeit entsprechenden Teiles der Vergütung und der hierin nicht inbegriffenen Auslagen, falls das Werk vor der Übernahme infolge eines Mangels des von dem Bauherrn gelieferten Stoffes oder infolge einer gegebenen Ausführungsanweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden ist. Natürlich sind nicht gesichert die Ansprüche, die dem Unternehmer aus einer anläßlich der Vertragsausführung etwa vorgekommenen unerlaubten

---

[1]) Vgl. Satz 2 § 648, Lotmar S. 139,40; wegen der anderen Auslagen vgl. unten S. 39.

[2]) Dagegen werden nach § 17 IV des neuesten Entwurfes Zinsen der Bauforderungen bei der Eintragung nicht berücksichtigt.

[3]) Planck Anm. 2 zu § 647, ebenso Crome S. 694 Note 18, Enneccerus/Lehmann S. 619 II, § 289, Kuhlenbeck S. 525 zu § 647, Oertmann Anm 2 zu § 647, Staudinger Anm. 3a zu § 647.

[4]) Rechtsprechung I S 398, Staudinger 3a zu § 647.

[5]) Ebenso Goldmann S. 669 N. 17, Oertmann Anm. 2 zu § 647, Planck Anm. 2, zu § 647, Staudinger 3a zu § 647.

Handlung (§ 823 ff. B.G.B.) des Bauherrn zustehen[1]). Enthält das Delikt aber zugleich eine Verletzung der Vertragspflichten, so ist der § 648 für den Ersatzanspruch anwendbar, denn die Verletzung eines obligatorischen Rechtes fällt regelmäßig nicht unter Abs. I des § 823 B.G.B.[2]).

Zweifelhaft ist es, ob der Unternehmer die Eintragung einer Hypothek auch für die Prozeßkosten verlangen kann, denn diese entstehen ja nicht unmittelbar aus dem Vertrage, sondern aus der prozessualen Geltendmachung der Forderung. Aber „den Ausgangspunkt und die eigentliche Grundlage" bildet doch auch hier die Forderung aus dem Vertrage; der Unternehmer kann ja doch grundsätzlich keinen Anspruch auf Erstattung von Prozeßkosten haben, wenn er nicht auch eine Forderung gegen den Besteller hat. Derselbe Gedanke, der in den oben angeführten Fällen unbestritten zu der Sicherung verschiedener, nicht unmittelbar aus dem Vertrage folgender Ansprüche führt, leitet auch hier dazu, den Prozeßkosten den Schutz des § 648 zu gewähren. Meines Erachtens besteht sogar ein viel engerer Zusammenhang zwischen den Prozeßkosten und der Forderung als bei den oben angegebenen Entschädigungsansprüchen, denn die Kosten sind ein „accessorium"[3]) der Forderung und unter Umständen sogar notwendig, um den Anspruch zu verwirklichen. Solche Aufwendungen aber, die gemacht werden müssen, um den Anspruch geltend zu machen, ohne die also schließlich der Anspruch für den Gläubiger keinen Wert hat, stehen in einem so engen Zusammenhange mit der Forderung, daß man sie unmöglich von ihr lösen und für die Anwendung des § 648 anders behandeln kann. Da das Gesetz selbst keinen Anhaltspunkt gewährt, so ist die Entscheidung mehr eine Sache der Auslegung, vor allem aber eine Frage der Zweckmäßigkeit, und da kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß die Auffassung, wonach auch Prozeßkosten von §

[1]) Crome S. 694 N. 18 und 4, Oertmann Anm. 2 zu § 647, Staudinger 3b zu § 647.

[2]) Vgl. Achilles Anm. 1d zu 823.

[3]) Scherer IV Nr. 1010[3].

648 berücksichtigt werden, mehr dem Zwecke des Gesetzes, die Bauhandwerker zu schützen, entspricht, während die entgegengesetzte Auffassung versagt gerade gegenüber einem chikanösen und gesetzwidrigen Verhalten des Bauherrn, der mit allen möglichen Einwendungen die Bauforderung bestreitet und dadurch dem Unternehmer viele Kosten verursacht. Endlich muß man berücksichtigen, daß § 648 in seiner Fassung, wie oben S. 33 bemerkt, mit § 647 übereinstimmt und auch in gleichem Sinne aufzufassen ist. Man wollte offenbar durch diese gleichlautende Fassung dem § 648 denselben Umfang und dieselbe Bedeutung geben. § 647 bezieht sich aber schon mit Rücksicht auf §§ 1257 und 1210 B.G.B. auf Prozeßkosten[1]). Man muß deshalb auch § 648 auf Prozeßkosten ausdehnen[2]).

Auf die Kosten der Eintragung der Sicherungshypothek wird man § 648 aber nicht beziehen können, weil zwischen diesen und der Forderung doch kein näherer Zusammenhang besteht.

Nach § 1118 B.G.B. erstreckt sich die eingetragene Sicherungshypothek auch auf die Kosten der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden (der dinglichen) Rechtsverfolgung.

Das Gesetz gibt keinen Aufschluß darüber, ob der Sicherungsanspruch des § 648 nur für Geldforderungen gegeben ist. Auch die Verhandlungen über § 648 ergeben nicht, ob man eine solche Einschränkung machen wollte. Man muß daher auf die Natur der Hypothek und den Gesetzeszweck zurückgehen. Gemäß § 1115 B.G.B. ist bei der Eintragung der Sicherungshypothek der Geldbetrag der Forderung anzugeben. Nach richtiger Ansicht bedeutet diese Vorschrift, daß die Hypothekenforderung eine Geldforderung sein muß, wiewohl dies im § 1113 — ein Gegensatz

[1]) Vgl. Neumann 1 zu § 647, Staudinger 3c zu § 647.

[2]) Ebenso Scherer IV 1010[3] und III 239 III, Biberfeld S. 63 — anderer Ansicht Beschluß des Kammer-G. v. 30. Januar 1902 im Recht 1902 S. 101, O.L.G. Posen v. 5. Oktober 1900 in Rechtsprechung Bd. I S. 398, Staudinger S. 483[5], Achilles Anm. 2 zu § 648.

zum ersten Entwurf — nicht zum Ausdruck gekommen ist[1]). Diese Vorschrift gilt zweifellos auch hier, sie kann freilich nur die Bedeutung haben, daß zur Zeit, wo der Antrag auf Eintragung der Sicherungshypothek beim Grundbuchamt gestellt wird, die zu sichernde Forderung eine Geldforderung sein muß. Erfolgt die Eintragung auf Grund eines den Eigentümer zur Einräumung verurteilenden Erkenntnisses, dann muß zur Zeit des Urteilserlasses eine Geldforderung vorhanden sein, weil das Urteil ja den Geldbetrag angeben muß, in dessen Höhe eine Sicherungshypothek zu bewilligen ist. An sich besteht jedoch kein Grund, für den bereits vorher nach § 648 bestehenden Sicherungsanspruch eine Geldforderung vorauszusetzen[2]). Eine solche Einschränkung widerspricht jedenfalls der ratio des Gesetzes. Denn das Schutzbedürfnis kann auch in den Fällen bestehen, wo der Unternehmer eine nicht in Geld bestehende Vergütung zu fordern hat. Freilich können wegen § 1115 immer nur solche Forderungen in Betracht kommen, die in eine Geldforderung übergehen können und auch bereits zur Zeit der Antragsstellung oder des Urteilserlasses in eine solche übergegangen sind. — Zu beachten ist, daß in solchen Fällen, wo der Bauherr eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme schulden soll, es sich zumeist in Wirklichkeit um eine Alternativobligation handeln wird, indem ein Vertragsteil die Wahl hat, statt der Geldzahlung eine andere Leistung zu bewirken oder zu verlangen.

Der Anspruch auf Eintragung eines für den Fall des Rücktritts vom Werkvertrage vereinbarten Reugeldes kann nicht geltend gemacht werden, da der Rücktritt den Vertrag aufhebt und weil die Forderung auf Reugeld nicht als Entschädigungsforderung für die Bauzeichnungen und Kostenanschläge angesehen werden kann[3]).

[1]) Vgl. Biermann S. 300 zu § 1113, Planck III S. 523[5], Staudinger S. 375[5a], a. Meinung Fuchs S. 380 Erl. 9, Cosack II § 222 Ziffer I[1c].

[2]) Nach § 10 des neuesten Entwurfes und § 6 der Entwürfe von 1901 können die Bauhandwerker eine Hypothek nur für die in Geld vereinbarte Vergütung verlangen.

[3]) Ebenso Scherer III S. 239, O.L.G. Posen in Pos. Monatschrift Bd. V, 108.

Nicht erforderlich ist die Fälligkeit der Bauforderung, die nach § 641 regelmäßig mit der Abnahme des Werkes eintritt. Der Anspruch des § 648 kann auch wegen gestundeter Ansprüche geltend gemacht werden[1]). Über den Zeitpunkt, in dem der Anspruch auf Hypothekenbestellung zu gewähren sei, waren die Ansichten der zweiten Kommission verschieden[2]). Der prinzipale Antrag 5 wollte den Anspruch bereits mit dem Abschlusse des Werkvertrages wegen aller Forderungen aus diesem entstehen lassen. Er war daher den Baugewerksleuten sehr günstig, gefährdete aber nach Meinung der Kommission (S. 327) den Besteller und gab dem Unternehmer, der dem Besteller ungedeckten Kredit gibt, eine der Abrede widersprechende Sicherung. Der Antrag 1 dagegen gewährte den Anspruch nur wegen der fälligen Forderungen, wodurch das Schutzmittel im wesentlichen seinen Wert verlor. Man einigte sich daher auf den eventuellen Antrag 5, der zwischen den erwähnten die Mitte hielt. — Hiernach ist die Fälligkeit der Forderung zwar keine Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruches auf Sicherstellung. Aber vor Vollendung des Werkes, d. h. vor vollständiger Leistung der dem Unternehmer nach dem Werkvertrage obliegenden Verpflichtungen kann er nach Satz 2 des § 648 Einräumung der Sicherungshypothek nur für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Aus dieser Fassung des Gesetzes folgt — abgesehen von der Entstehungsgeschichte —, daß die Werkleistung bereits begonnen haben muß. Der Abschluß des Werkvertrages allein begründet den Anspruch aus § 648 noch nicht[3]).

Der Ausdruck „Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen" (vergl. § 645) ist eine ungenaue Abkürzung für „in der Vergütung nicht begriffener Ersatz von Auslagen." Denn wie Lotmar S. 139 140 mit Recht hervorhebt,

[1]) Oertmann S. 372[5], Planck S. 387[2], Staudinger S. 484[6].

[2]) Vgl. Protokolle II S. 320 ff., besonders S. 327, oben S. 17.

[3]) R.G. in Jurist. Wochenschr. 1904 S. 449, Hachenburg S. 85, Neumann 2 zu § 648, Staudinger S. 484[6].

können in der Vergütung nicht Auslagen selber begriffen sein, „da in etwas, was der Arbeitgeber zahlt, nicht etwas stecken kann, was der Arbeitnehmer gezahlt hat." Gemeint ist vielmehr: Ersatz von Auslagen, deren Ersatz nicht in der Vergütung begriffen ist.

Danach erkennt das Bürgerliche Gesetzbuch eine „Vergütung an, die teils Arbeitslohn, teils Auslagenersatz ist[1])", oder mit anderen Worten: Auslagen, deren Ersatz in der Vergütung mit inbegriffen ist. — Die Vergütung, für die der Unternehmer die Einräumung der Sicherungshypothek verlangen kann, muß der geleisteten Arbeit entsprechend sein. Die vom Unternehmer nach dem Werkvertrage zu verrichtende Arbeit ist im Sinne von § 648 von ihm geleistet, auch wenn er die Arbeit nicht allein, sondern teilweise und etwa größtenteils durch Dritte hat verrichten lassen[2]). Denn die „Arbeit" im Sinne von § 648 umfaßt auch die von Dritten zu verrichtende Arbeit[3]). — Was als entsprechender Teil der Vergütung zu gelten hat, wird durch eine Gleichung bestimmt, in der sich dieser Teil (die Unbekannte) zu der ganzen Vergütung verhält wie die geleistete Arbeit zu der ganzen, zur Fertigstellung des Werkes erforderlichen Arbeit. Betrug z. B. die Vergütung für das Werk 100 ℳ und waren zu seiner Fertigstellung 20 Stunden erforderlich, so beträgt die in Betracht kommende Vergütung, falls der Unternehmer 10 Stunden gearbeitet hat,

$$\frac{x}{100} = \frac{10}{20}, \quad x = 50\ ℳ.$$

Die Feststellung des Verhältnisses zwischen der geleisteten Arbeit und der ganzen Arbeit wird in der Praxis wohl des öfteren Schwierigkeiten machen. Zweifellos kann hierbei nicht das Wertverhältnis des bereits Hergestellten zu dem vollendeten Werke maßgebend sein[4]). Was soll aber sonst entscheiden: die Arbeits-

[1]) Lotmar a. a. O.
[2]) Lotmar S. 100.
[3]) Lotmar S. 143.
[4]) Ebenso Oertmann 2b zu § 645.

dauer, die geistige oder körperliche, die intellektuelle oder bloß mechanische Tätigkeit? Daß die Arbeits**dauer** dann maßgebend ist, wenn jede bei der Fertigstellung des Werkes geleistete Arbeit gleichen Wert mit der andern hat, es sich stets um eine gleichmäßige, oder doch gleichwertige Arbeit handelt, kann keinem Zweifel unterliegen. Aber sehr oft hat der Werkmeister bei Beginn des Werkes geistige, intellektuelle Arbeit zu leisten, z. B. Anfertigung einer Zeichnung, eines Modells, während die spätere Arbeit eigentlich nur noch mechanisch ist. Ob auch in diesen Fällen die Arbeitszeit als Maßstab für die Feststellung des Verhältnisses zu gelten hat, kann zweifelhaft sein. Das Maß der angewendeten Arbeitskraft prägt sich aber trotz ihrer Verschiedenheit dennoch sehr oft in dem Zeitraum aus, der zu ihrer Leistung nötig war. Vor allem aber ist nur die Arbeitszeit ein praktisch brauchbarer Wertmesser, während die übrigen, oben angeführten Momente entweder einen Vergleich miteinander gar nicht zulassen oder ihre Gegenüberstellung schwierig sein und immer nur ungewisse, jedesmal vom Ermessen abhängige Resultate liefern würde. Man wird darum vorziehen, das Verhältnis zwischen der geleisteten Arbeit und der ganzen Arbeit lediglich nach dem Verhältnis beider Arbeitszeiten zu beurteilen[1]).

Neben der durch obige Gleichung gefundenen Vergütung werden noch gesichert nach Satz 2 des § 648 die in der Vergütung nicht inbegriffenen **Auslagen**. Gleichgültig ist hierfür, wie groß das bereits vollendete Arbeitsquantum ist[2]).

Waren die Auslagen dagegen in der bedungenen Vergütung mitenthalten, so sind sie in der Gleichung besonders zu berücksichtigen, denn an sich können sie ja an dieser Gleichung nicht teilnehmen, da sie nicht notwendig in dem Verhältnis der aufgewendeten Arbeit anwachsen. Es ist darum aus der Gesamtvergütung zunächst der Wert sämtlicher, zur Herstellung des Werkes erforderlicher Auslagen festzustellen und von der Gesamtvergütung

[1]) Ebenso anscheinend Staudinger II 1c zu § 645, Dochnal S. 307, Crome II S. 699 Anm. 40, Oertmann 2 zu § 645.

[2]) Oertmann 2c zu § 645.

abzuziehen. Ebenso ist der Wert der wirklich vom Werkmeister gemachten Auslagen zu ermitteln und der ihm gebührenden Vergütung hinzuzurechnen[1]). Betragen in dem obigen Beispiel die Auslagen 20 ℳ und würden im ganzen 30 ℳ Auslagen nötig sein, so ist die Gleichung für die Vergütung: $\frac{x}{100-30\ ℳ} = \frac{10}{20}$; $x = \frac{70}{2} = 35\ ℳ$; da dieser Vergütung noch die bereits entstandenen Auslagen von 20 ℳ hinzuzurechnen sind, so kann der Unternehmer vor Vollendung des Werkes den Sicherungsanspruch des § 648 für einen Betrag von 55 ℳ (35 + 20 ℳ) geltend machen.

Das ist wichtig für die Fälle, in denen der Unternehmer gerade im Anfange viele Auslagen zur Ausführung des Werkes machen muß, während er bei der späteren Arbeit vielleicht wenig oder gar keine hat, so z. B. wenn er sich zur Herstellung der in den Bau einzufügenden Sachen oder zur Leistung der Arbeit an dem Baue Formen, Muster, Modelle, Schablonen usw. anschaffen muß. Werden die Auslagen hierfür ihm nicht besonders vergütet, sodaß deren Ersatz nach Teil 2 des 2. Satzes von § 648 gesichert ist, sondern durch die Vergütung für die Arbeit entgolten, so kann er dennoch die Einräumung einer Sicherungshypothek für sie verlangen.

## § 7.

## Rechtliche Natur und Durchführung des Anspruches.

### a) Rechtliche Natur des Anspruches.

§ 648 gewährt dem Unternehmer das Recht, die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers zu verlangen. Die Sicherungshypothek entsteht somit keineswegs ohne weiteres, sondern ebenso wie jedes andere

[1]) Ebenso Dochnal S. 308, Oertmann 2c zu § 645, Staudinger II 1c zu § 645, a. Meinung Lotmar S. 140/141.

Recht an einem Grundstücke gemäß §§ 873 und 1115 B.G.B. durch Einigung und Eintragung. § 648 gewährt daher nichts weiter als einen gesetzlichen persönlichen Anspruch auf Bestellung einer Hypothek, einen sog. gesetzlichen Hypothekentitel[1]), nicht etwa entsprechend § 647 kraft Gesetzes eine Hypothek oder gar ein Vorzugsrecht vor anderen dinglichen Belastungen des Grundstückes, wie die Bauhandwerker stets erstrebten (vgl. oben S. 13 14). Der gesetzliche Titel ersetzt nur die obligatorische Verpflichtung des Eigentümers zur Bestellung der Sicherungshypothek[2]). Wie sonst, so muß auch hier der Grundstückseigentümer wegen des das Grundbuchrecht beherrschenden Konsensprinzips (§ 19 Grundbuch-Ordnung) die Eintragung der Sicherungshypothek bewilligen. Weigert er sich, so muß der Unternehmer ihn auf die Bewilligung der Eintragung verklagen. Zuständig für diese Klage ist das Gericht, wo der Besteller seinen allgemeinen Gerichtsstand hat; ein besonderer dinglicher Gerichtsstand gemäß § 24 Z.P.O. ist nicht begründet, da unter § 24 nicht persönliche Klagen auf Begründung eines dinglichen Rechtes gehören[3]). Gemäß § 894 der Zivilprozeßordnung wird die verweigerte Einwilligung des Bauherrn in die Eintragung dann durch das rechtskräftige, ihn zur Bewilligung verurteilende Erkenntnis ersetzt. Dieses berechtigt den Unternehmer einseitig zur Stellung des Eintragungsantrages beim Grundbuchamt (§ 13 II G.B.O. vgl. noch § 895 Z.P.O.). — Materiellrechtlich ist natürlich zur Entstehung der Hypothek gemäß § 873 B.G.B. noch die Einigung (der dingliche Vertrag) erforderlich. Deshalb kann der Eigentümer, der zugleich Arbeiten für seinen Bau leistet, sich nicht unter Hinweis auf § 648 eine Sicherungshypothek in Höhe des Arbeitswertes bewilligen, denn eine Ausnahmevorschrift, wie sie § 1196 für die Grundschuld kennt, besteht nicht für die Hypothek.

[1]) Vgl. Crome S. 693, Oberneck S. 722, Oertmann S. 371[5], Staudinger S. 484 III a, Goldmann Lilienthal S. 669[5], Kuhlenbeck S. 527[3].

[2]) Ebenso Crome S. 693, Oberneck a. a. O.

[3]) Ebenso Struckmann/Koch Anm. 1 zu § 24 Z.P.O.

Verpflichtet zur Bewilligung der Hypothek und daher passivlegitimiert in dem auf Grund von § 648 erhobenen Prozesse ist der Besteller des Werkes als Eigentümer des Grundstückes. Das folgt aus der Wendung des Gesetzes: „Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Bestellers". Ist der Besteller nicht mehr Eigentümer des Baugrundstückes, hat er dieses veräußert, bevor der Unternehmer den Anspruch auf Einräumung geltend gemacht hat, so steht dem letzteren der Anspruch aus § 648 nicht mehr zu[1]). Wird das Grundstück erst nach der Klageerhebung veräußert, so kann ein den Besteller zur Eintragungsbewilligung verurteilendes Erkenntnis nicht mehr ergehen, da eine solche Verpflichtung des Bestellers wohl bei Beginn der Rechtshängigkeit, nicht aber in dem maßgebenden Augenblicke besteht, wo das Urteil gesprochen wird. Ein etwa ergehendes Urteil dieser Art hat auch keineswegs Rechtskraft gegenüber dem Erwerber des Baugrundstückes nach § 325 der Zivilprozeßordnung, denn weder ist der Besteller mittelbarer Besitzer geworden noch der Erwerber Rechtsnachfolger des Bestellers für das hier allein in Betracht kommende obligatorische Verhältnis aus dem Werkvertrage und speziell dasjenige aus § 648. Der Unternehmer muß also vor der Veräußerung des Baugrundstückes nicht allein ein rechtskräftiges Urteil gegen den Besteller erstritten, sondern auf Grund dieses Urteiles auch den Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt haben, weil sonst das Recht des Bestellers gar nicht mehr durch die Eintragung berührt wird und er also nach § 19 G.B.O. nicht mehr derjenige ist, der die Eintragung zu bewilligen hat. Da der Besteller das Baugrundstück aber sehr häufig inzwischen veräußert oder mit andern dem Unternehmer vorgehenden Hypotheken belastet haben wird, so wird der Klageweg allein wohl nur selten zu einem praktischen Ziele führen. Der Unternehmer muß vielmehr noch eine Vormerkung eintragen lassen. (Näheres siehe unten S. 52 ff.)

Der Unternehmer kann nach § 648 nur die Einräumung einer

[1]) Ebenso Goldmann/L. S. 669[3], Oertmann 4 zu § 648, Staudinger S. 483[4b], a. Meinung Riezler S. 156.

Sicherungshypothek verlangen, nicht etwa einer Verkehrshypothek, wie die Bauhandwerker zumeist verlangten (vgl. oben S. 13ff.). Durch Gewährung einer Sicherungshypothek anstelle der Verkehrshypothek hat das Gesetz die Rechte der Bauhandwerker sehr eingeschränkt. Denn das Wesen der Sicherungshypothek besteht nach § 1184 B.G.B darin, daß das Recht des Gläubigers aus der Hypothek sich nur nach der Forderung bestimmt und der Gläubiger sich zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann. Während die Verkehrshypothek, wie ihr Name bereits besagt, verkehrsfähig ist und deshalb dem Gläubiger, der sich in Geldverlegenheit befindet, durch ihre Abtretung Gelegenheit bietet, sich Geld zu verschaffen, damit also Befriedigung gewährt, ist diese Möglichkeit für den Inhaber einer Sicherungshypothek so gut wie gar nicht vorhanden. Denn die Eintragung der Sicherungshypothek beweist noch gar nicht, daß der Unternehmer auch die eingetragene Summe vom Bauherrn zu fordern hat. Klagt der Unternehmer die Forderung ein, so kann er nicht einfach auf die Eintragung der Sicherungshypothek für diese Forderung hinweisen. Der Besteller kann die Forderung bestreiten und ihr alle möglichen Einwendungen entgegensetzen; er kann behaupten, daß die Arbeiten nicht einwandsfrei geliefert worden seien, daß die Forderung, weil noch keine Abnahme erfolgt, noch nicht fällig sei; endlich kann er auch andere Gegenforderungen zur Aufrechnung bringen, auch wenn sie erst später entstanden sein sollten. Aus allen diesen Gründen hat die Sicherungshypothek für einen dritten Erwerber sehr wenig Wert, da dieser damit rechnen muß, daß ihm diese und andere Einwendungen und Schwierigkeiten entgegengesetzt werden. Der Bauunternehmer wird daher nur ausnahmsweise in der Lage sein, die Sicherungshypothek zu verwerten und sich mit ihrer Hilfe Geldmittel zu verschaffen.

Allerdings hat § 648 nur dispositive Natur.[1]) Es steht daher den Beteiligten frei, anstelle der Sicherungshypothek eine Verkehrshypothek zu vereinbaren und umgekehrt das Recht des

[1]) Vgl. Goldmann-Lilienthal S. 669[2], Oertmann N. 7 zu § 648, Planck 4 zu § 648, Riezler S. 156, Staudinger S. 485 VI.

Unternehmers aus § 648 auszuschließen. Der Verzicht des Unternehmers auf sein Recht aus § 648 kann natürlich auch stillschweigend sein[1]). Die Einräumung einer weitergehenden Sicherung kann selbstverständlich andere Rechte nicht berühren und dem Unternehmer Sicherung auf Kosten dieser gewähren[2]).

Da es also vom Willen der Beteiligten abhängt, welche Rechte der Unternehmer erhalten soll, so müssen sie sich über die Natur der zu gewährenden Hypothek *einigen*[3]); es muß der Wille des Bestellers feststehen, ob er nur die ihm nach § 648 obliegende Verpflichtung durch Einräumung einer Sicherungshypothek erfüllen oder dem Unternehmer freiwillig eine weitergehende Sicherheit gewähren will. Sind die Kontrahenten nicht darüber einig, daß der Unternehmer eine Sicherungshypothek haben soll, daß also der öffentliche Glaube des Grundbuches sich nicht auf die Forderung erstrecke und dem Eigentümer alle die Forderungen betreffenden Einwendungen gegen jeden Erwerber zustehen sollen, so entsteht die Sicherungshypothek überhaupt nicht[4]). Nicht erforderlich ist, daß die Beteiligten gerade das Wort „Sicherungshypothek" gebrauchen[5]). — Wird die Einwilligungserklärung des Bestellers durch ein Urteil ersetzt, so muß dieses auf Bestellung einer Sicherungshypothek lauten. Ist der Besteller schlechthin zur Eintragung einer Hypothek verurteilt, so ist gleichwohl nur die Eintragung einer Sicherungshypothek zulässig, weil das Urteil nur über die Verpflichtung aus § 648 ergeht und der Besteller hiernach nur zur Bewilligung einer Sicherungshypothek verbunden ist[6]).

---

[1]) Es wäre zu wünschen, daß dem § 648 zwingender Charakter insoweit beigelegt würde, daß ein solcher Ausschluß der Unternehmerrechte unzulässig wäre. Es ist sicher, daß die Bauhandwerker sehr oft auf ihr Recht verzichten *müssen* zugunsten des Verkäufers oder Baugeldgebers, weil sie wirtschaftlich schwächer sind. Vgl. § 37 des neuesten Entwurfes unten S. 70.

[2]) Ebenso Staudinger S. 485 V.

[3]) Ebenso Planck § 1184 III 3a.

[4]) Vgl. Motive III S. 764, Biermann S. 405 2a, Planck § 1184 3a.

[5]) Ebenso Planck daselbst.

[6]) a. Meinung anscheinend Planck, der Anm. 3a zu § 1184 (S. 695)

Bewilligt der Besteller dem Unternehmer vor Vollendung des Werkes eine Sicherungshypothek für den vollen, vereinbarten Preis, so ist die eingetragene Sicherungshypothek keineswegs eine Maximal-(Kautions)hypothek gemäß § 1190 B.G.B., sondern eine gewöhnliche Sicherungshypothek für die vertragsmäßige Forderung, allerdings bedingt durch die Herstellung des Werkes[1]).

Die Hypothek muß im Grundbuche als Sicherungshypothek bezeichnet sein. Ist diese Bezeichnung unterblieben gegen den Willen der Beteiligten, dann ist überhaupt keine Hypothek entstanden, weil es zur Entstehung der Sicherungshypothek an der Bezeichnung, zur Entstehung der Verkehrshypothek an der Einigung fehlt[2]). Das Grundbuch ist vielmehr unrichtig und der Bauherr hat einen Berichtigungsanspruch gemäß § 894 B.G.B. Dritten Gutgläubigern gegenüber gilt die Hypothek aber als Verkehrshypothek; sie wird daher beim Übergange auf sie auch zu einer solchen.

Da der Anspruch auf die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück geht, so ist die Sicherunghypothek auf denjenigen Teil des Grundstückes zu beschränken, auf dem der Bau errichtet ist, und auszuschließen von denjenigen Flächen, die von der im Bauwerk liegenden Werterhöhung nicht betroffen werden. Natürlich muß dies grundbuchmäßig zulässig sein, was eine Abschreibung dieses Grundstücksteils voraussetzt. Wenn also das eigentliche Baugrundstück seit der Errichtung des Bauwerkes von dem andern Grundstück grundbuchmäßig getrennt ist, so kann der Unternehmer die Einräumung einer Hypothek nur auf diesem

---

nur die Eintragung einer Verkehrshypothek für zulässig hält, wenn ein Grundstückseigentümer einfach zur Eintragung einer Hypothek verurteilt ist. Das mag für die allgemeinen Fälle richtig sein, für den speziellen Fall des § 648, daß ein Urteil gemäß dieser Verpflichtung ergeht, dürfte es nicht zutreffen. Aus dem Tatbestand und den Gründen wird es sich stets ergeben, daß es sich nur um eine Sicherungshypothek handeln kann.

[1]) Ebenso O.L.G. Karlsruhe vom 16. Juni 05 in Lobes Zentralblatt 6. Jhrg. S. 578 Nr. 621.

[2]) Ebenso Biermann S. 405 [2a], Planck § 1184 [3a], a. Meinung Gierke II. Bd. II [4m] zu § 883, nach dem dann eine Sicherungshypothek entsteht.

Teile verlangen[1]). Selbstverständlich kann der Unternehmer nicht die Bestellung einer Hypothek auf dem sonstigen Grundbesitz des Bestellers fordern.

Die Beschwerde gegen die Eintragung der Sicherungshypothek kann nur darauf gestützt werden, daß es an den Voraussetzungen für die Eintragung gefehlt habe[2]), insbesondere also an der Unternehmereigenschaft des § 648 oder an einer zu sichernden Forderung.

Die Sicherungshypothek kann für Forderungen in jeder Höhe eingetragen werden. Das ist ohne weiteres klar in den Fällen, wo der Besteller die Eintragung bewilligt oder wo seine Einwilligung durch ein materiellrechtlich gleichwirkendes Urteil ersetzt wird. Soll aber auf Grund einer einstweiligen Verfügung eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruches auf Einräumung einer Sicherungshypothek eingetragen werden (siehe unten S. 53/54), so handelt es sich schließlich um eine zwangsweise Eintragung, und es kann zweifelhaft sein, ob nicht die Vorschrift des § 866 III der Zivilprozeßordnung zur Anwendung kommt, wonach eine Sicherungshypothek nur für eine den Betrag von 300 Mk. übersteigende Forderung eingetragen werden kann. Aber wie das Kammergericht durch Beschluß vom 17. Dezember 1900[3]) zutreffend ausgeführt hat, betrifft § 866 nicht Fälle, in denen nach dem materiellen Rechtsverhältnis ein Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek besteht. § 866 bezieht sich nicht auf die Vollstreckung von Schuldtiteln, die eine Individualleistung betreffen, sondern nur auf solche, die auf eine bestimmte Geldzahlung lauten; für erstere gelten vielmehr die Vorschriften der §§ 883—898 Z.P.O. Die einstweilige Verfügung soll nicht den Anspruch auf Zahlung der Bauforderung, sondern den dem Unternehmer aus § 648 zu-

---

[1]) Ebenso O.L.G. Breslau v. 13. Oktober 1905 in Rechtsprechung Bd. 12 S. 83. — Vgl. auch Biberfeld S. 63.

[2]) Ebenso Bayr. Ober-L.G. v. 18. Mai 1901 Bd. II (neue Folge) S. 328.

[3]) Jahrbuch Bd. 21 S. A. 97, Rechtsprechung Bd. 2 S. 221, Bl. f. Rechtspfl. im Bezirk d. K.G. 1900 S. 15.

stehenden Anspruch auf Einräumung einer Hypothek sichern. Dieser Anspruch betrifft aber eine Individualleistung des Bestellers. Sonach ist die Sicherungshypothek des § 648 und die zu ihrer Sicherung einzutragende Vormerkung nicht durch § 866 III Z.P.O. beschränkt und auch für Bauforderungen unter 300 Mk. zulässig[1]).

### b) Das Verhältnis zwischen dem Sicherungsanspruch und der Bauforderung.

Wichtig ist die Frage, in welchem Verhältnis der Anspruch aus § 648 zu der Bauforderung selbst steht. Sie ist nicht ohne Bedenken.

Der Anspruch des § 648 steht dem Unternehmer kraft Gesetzes für seine Forderung zu; er ist nicht etwa ein Recht aus dem zwischen dem Unternehmer und dem Besteller geschlossenen Werkvertrage, wiewohl dieser Werkvertrag seine Grundlage bildet. Deshalb ist der Unternehmer nicht berechtigt, die weitere Erfüllung des Werkvertrages zu verweigern (§ 273 B.G.B.), wenn der Besteller eine Hypothek für die bereits entstandene Teilforderung verweigert. Es fehlt hier an „demselben rechtlichen Verhältnis" im Sinne von § 273.

Zweifellos ist aber der Sicherungsanspruch ein Ausfluß des Forderungsrechtes, denn sein Entstehen und Bestehen hängt von dem Vorhandensein der Forderung ab. Aber die rechtliche Verknüpfung ist dennoch nicht derartig, daß beide Ansprüche stets denselben Rechtsschicksalen unterworfen sind. Vielmehr ist die Geltendmachung beider von einander unabhängig und verschieden; ebenso auch ihre Durchführung.

Die Möglichkeit zweier verschiedener Prozesse und Urteile über die Bauforderung und über die Einräumung der Sicherungshypothek für diese läßt ferner die Frage entstehen, in welchem Verhältnis beide Urteile zu einander stehen. Kann der Unternehmer trotz

[1]) Ebenso Achilles N. 2 zu § 648, Biberfeld S. 67, Goldmann/Lilienth. S. 669 N. 22, Kuhlenbeck S. 527 zu § 648, Staudinger S. 485 III f.

Abweisung eines auf Grund von § 648 geführten Prozesses in dem zweiten Prozesse wegen der Forderung noch ihr Bestehen nachweisen oder kann der zur Bewilligung verurteilte Besteller im späteren Prozesse noch das Nichtbestehen der Forderung geltend machen? Kann im umgekehrten Falle der Besteller in einem Prozesse über die Verpflichtung aus § 648 noch das Nichtbestehen der Forderung dartun, wiewohl bereits in einem wegen der Forderung vorangegangenen Rechtsstreite die Forderung des Unternehmers rechtskräftig zuerkannt ist? Welchen Wert hat die auf Grund eines Urteiles eingetragene Sicherungshypothek noch, wenn in dem späteren Rechtsstreite über die Forderung der Unternehmer abgewiesen wird? Die Antwort auf diese Fragen ergibt sich aus der Rechtskraft der Urteile in objektiver Beziehung (§ 322 Z.P.O.). Da der Anspruch des § 648 nur begründet ist, wenn und soweit der Bauunternehmer eine geeignete Forderung (siehe oben § 6) hat, so muß das Gericht in einem Prozesse wegen Einräumung einer Sicherungshypothek auch über die Forderung befinden. Nach § 322 Z.P.O. sind Urteile der Rechtskraft aber nur insoweit fähig, *als über den durch die Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist*. Da der durch die Klage geltend gemachte Anspruch das Recht auf Einräumung einer Sicherungshypothek betrifft, so wird eine vom Gericht in den Gründen getroffene Entscheidung über die *Forderung* nicht der Rechtskraft fähig. Es handelt sich um 2 Ansprüche; deshalb kann der Geltendmachung des einen Anspruches nicht die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache des andern Anspruches entgegengehalten werden. Trotzdem also z. B. der Unternehmer mit seiner auf § 648 gestützten Klage abgewiesen ist, weil ihm keine Bauforderung zustehe, kann er in dem 2. Prozesse das Bestehen einer solchen dartun und Zahlung verlangen. Umgekehrt kann der Besteller, der bereits zur Einräumung einer Sicherungshypothek verurteilt worden ist, in dem Prozesse wegen der Forderung deren Nichtbestehen geltend machen und Abweisung des Unternehmers bewirken. Ist bereits auf Grund des ersten Urteils eine Sicherungshypothek eingetragen, so wird

das Grundbuch auf Grund des zweiten, den Unternehmer mit seiner Forderung abweisenden Urteiles unrichtig, und der Besteller kann gemäß § 894 B.G.B. Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung der Hypothek verlangen. Das folgt vor allem auch aus dem Wesen der Sicherungshypothek, die sich nur nach der Forderung bestimmt und die darum wertlos ist, wenn durch rechtskräftige Entscheidung das Vorhandensein dieser Forderung verneint ist. Aus diesem Grunde muß man in dem umgekehrten, allerdings weniger praktischen Falle, daß zunächst über die Forderung entschieden ist und in einem weiteren Prozesse über den Sicherungsanspruch erkannt wird, trotz der auch hier nicht gegebenen Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache zu einem andern Resultate kommen. In dem 2. Prozesse wegen Einräumung der Hypothek hat das Gericht wohl das Recht, nochmals selbständig zwecks Feststellung des Klagegrundes das Bestehen der Bauforderung festzustellen, wenn auch bereits ein Urteil darüber gefällt worden ist. Aber da für das Recht des Unternehmers aus der Sicherungshypothek das über die Forderung ergangene Urteil maßgebend bleibt, so darf das Gericht den Eigentümer nicht zur Bestellung einer Sicherungshypothek verurteilen, wenn das Bestehen der Forderung rechtskräftig verneint worden ist, weil es sonst eine wertlose Sicherungshypothek gewähren und damit eine Unrichtigkeit des Grundbuches veranlassen würde.

Die Feststellung des Verhältnisses zwischen der Forderung und dem Sicherungsanspruche ist ganz besonders von Bedeutung für den Fall einer *Abtretung* der Forderung. Denn aus dieser Feststellung ergibt sich auch die Beantwortung der sehr bestrittenen Frage, ob bei Übertragung einer unter § 648 fallenden Forderung der Sicherungsanspruch aus diesem Paragraphen auf den Erwerber der Forderung mit übergeht. Nach § 401 B.G.B. gehen mit der abgetretenen Forderung die für sie bestehenden *Hypotheken, Pfandrechte und Rechte aus einer Bürgschaft* auf den neuen Gläubiger über. Zu diesen Rechten ist aber auch der dem Unternehmer nach § 648 zustehende Sicherungsanspruch zu rechnen.

Das folgt aus der Entstehungsgeschichte des § 401. Der Entwurf I § 297 Satz 2 sprach allgemein „von den zur Verstärkung der Forderung dienenden Nebenrechten". Die zweite Kommission hielt diese allgemeine Fassung für bedenklich, weil unter Nebenrechten der bezeichneten Art auch solche verstanden werden könnten, auf welche die Vorschrift nicht passe, z. B. das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§ 369 H.G.B.). Durch die Beschränkung der Vorschrift auf Hypotheken, Pfandrechte und die Rechte aus einer Bürgschaft wird indessen die entsprechende Anwendung der Vorschrift auf andere zur Verstärkung einer Forderung dienende Nebenrechte, die eine jenen Rechten entsprechende Natur haben, nicht ausgeschlossen. § 401 entspricht völlig dem gemeinen Recht[1]) und dem Allgem. Landrecht I 11 § 403 ff. und bezieht sich allgemein auf Nebenrechte einer Forderung; er gestattet also eine Analogie auf gleichliegende Fälle[2]) und bezieht sich darum auch auf den Anspruch aus § 648, dessen Zweck ja nur in der Sicherung, in „der Verstärkung" der Bauforderung besteht. Mit der Abtretung der Bauforderung geht daher der Anspruch aus § 648 ohne weiteres auf den Erwerber über, ohne daß es einer besonderen Abtretung desselben bedarf[3]). Natürlich kann der Übergang des Rechtes auf einen Hypothekentitel ausgeschlossen werden. Dann erlischt dieses Recht.

Der Anspruch des § 648 ist auch keineswegs höchst per-

---

[1]) Windscheid II S. 349.

[2]) Ebenso Oertmann 1 zu § 401, Planck 1 zu § 401, Staudinger zu § 401.

[3]) Ebenso O.L.G. Naumburg v. 9. Januar 1903 in Rechtsprechung Bd. 6 S. 84, O.L.G. Celle 17. Januar 1905 daselbst Bd. XII S. 82, Franke im Recht 1902 S. 260, Oertmann Anm. 1 zu § 401, Scherer IV Nr. 1012 zu § 648, Staudinger S. 485 IV, Teutsch in Seuff. Bl. f. R.-Anwendung Bd. 67 (1902) S. 118, Willenbücher S. 239[3].

Dagegen O.L.G. Kiel v. 21. November 1901 in Rechtspr. Bd. 4 S. 46 und Seufferts Archiv 1902 (Bd. 57) S. 135, L.G. Frankfurt in Frankfurter Rundschau Bd. 38 S. 216, Achilles 4 zu § 648, Kuhlenbeck S. 527 zu § 648.

sönlich, an die Person des Unternehmers als solche geknüpft, sodaß dieserhalb ein Übergang ausgeschlossen wäre[1]).

Auch der Erbe des Unternehmers hat das Recht aus § 648, denn als Universalsuccessor tritt er in alle Rechte des Unternehmers, seines Erblassers, ein. Der Tod des Unternehmers kann unmöglich dem Besteller zum Vorteil werden und eine ihm sonst obliegende Verpflichtung erlöschen lassen.

Gehört das Baugrundstück mehreren und bauen diese gemeinschaftlich, so haften sie gemäß § 427 B.G.B. als Gesamtschuldner für die Bauforderung. Dieserhalb und auch darum, weil die Verpflichtung aus § 648 unteilbar ist[2]) — § 431 B.G.B. — sind die mehreren Bauherren auch an sich gesamtschuldnerisch zur Einräumung der Sicherungshypothek für die ganze Forderung verpflichtet. Natürlich kann wegen § 12 Gr.B.O. jeder Besteller nur die Eintragung der Hypothek auf seinem Anteil an dem Baugrundstück bewilligen und nur hierzu verurteilt werden. Aus praktischen Gründen wird der Unternehmer deshalb die Einwilligung von allen Miteigentümern, die Besteller des Werkes sind, verlangen.

Steht die Bauforderung mehreren Unternehmern gemeinschaftlich zu (vgl. oben S. 33), so bestimmt sich ihr Gläubigerverhältnis bezüglich der Forderung nur nach dem zwischen ihnen bestehenden Gemeinschafts- oder Gesellschaftsverhältnisse. Da aber die ihnen nach § 648 zustehende Leistung, die Einräumung einer Hypothek, unteilbar ist, so kann jeder Gläubiger nur die Einräumung der Sicherungshypothek für alle Gläubiger, also für die ganze Forderung, verlangen und der Besteller sie nur für alle gemeinschaftlich bewilligen (§ 432 u. § 2039 B.G.B.).

### c) Vormerkung.

Um die Benachteiligung zu vermeiden, die nach dem oben S. 43 Bemerkten durch eine Veräußerung oder anderweite Belastung des

[1]) Ebenso Staudinger S. 485 IV, a. Meinung L.G. Frankfurt in Frankf. Rundschau Bd. 38 S. 216.

[2]) Vgl. auch Planck Anm. 2 zu § 420 wegen der Teilbarkeit.

Grundstückes entsteht, muß der Unternehmer eine Vormerkung auf Eintragung einer Sicherungshypothek gemäß § 883 B.G.B. erwirken. Während sonst die Sicherungshypothek im Verhältnis zu andern Realgläubigern nach dem Datum der Eintragung rangiert (§ 879 B.G.B.), bestimmt sich ihr Rang bei einer Vormerkung nach deren Eintragung. Aber trotz einer Vormerkung ist der Wert einer Sicherungshypothek nicht allzu groß, wenn, wie sehr oft, das Grundstück schon vor der Eintragung der Vormerkung mit Hypotheken z. B. zugunsten des Restkaufgeldes oder der Baugelder übermäßig belastet ist[1]).

Nach § 883 Abs. I Satz 2 ist die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder bedingten Anspruches zulässig. Sonach kann sich der Unternehmer sofort nach Abschluß des Werkvertrages, um so mehr nach Beginn der Arbeiten, zur Sicherung des künftigen bezw. des durch die Vollendung des Werkes bedingten Anspruches auf die Sicherungshypothek eine Vormerkung eintragen lassen.[2]) Damit ist die nach Satz 2 des § 648 gegebene Einschränkung großenteils wieder aufgehoben. Hat der Unternehmer die Arbeit bereits begonnen, so kann er die Vormerkung eintragen lassen neben der ihm nach Satz 2 des § 648 zustehenden teilweisen Sicherungshypothek.

Die Eintragung der Vormerkung erfolgt nach § 885 B.G.B. entweder auf Grund einer Bewilligung des Bauherrn oder auf Grund einer einstweiligen Verfügung. Der erste Fall dürfte wenig häufig sein, weil der Bauherr dann wohl auch zur Bewilligung der Sicherungshypothek bereit sein dürfte. Der regelmäßige Fall wird vielmehr der sein, daß die Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen wird, und zwar während des vom

---

[1]) Siehe Lotmar S. 386[5], Oertmann, Archiv f. soziale Gesetzgebung und Statistik Bd. XII (1898) S. 42 ff. — Darum erstreben die Bauhandwerker stets eine bevorrechtigte Hypothek, mindestens bez. der durch ihre Arbeit herbeigeführten Werterhöhung. Diesen Bestrebungen haben die neueren Entwürfe denn auch einige Rechnung getragen.

[2]) Ebenso Goldmann/L. S. 669[6], Oertmann S. 372[6].

Unternehmer gegen den Besteller auf Einräumung der Sicherungshypothek geführten Prozesses. Auf Grund des gegen den Besteller erstrittenen rechtskräftigen Urteiles auf Einräumung der Hypothek (§ 894 Z.P.O.) wird dann die Vormerkung in eine Sicherungshypothek umgewandelt.[1]) — Zur Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nach § 885 nicht erforderlich, daß eine Gefährdung des zu sichernden Anspruches glaubhaft gemacht wird. Gericht der Hauptsache, das nach §§ 937, 943 Z.P.O. die einstweilige Verfügung zu erlassen hat, ist nur dasjenige Gericht, bei dem der zu sichernde Anspruch, die Einräumung der Sicherungshypothek, geltend zu machen ist oder bereits geltend gemacht wird. Es kann darum die Eintragung einer Vormerkung im Wege einstweiliger Verfügung nicht angeordnet werden, wenn nur auf Zahlung der Bauforderung geklagt wird, weil das mit dieser Klage befaßte Gericht nicht als Gericht der Hauptsache entsprechend § 943 Z.P.O. angesehen werden kann.[2]) Nach § 942 II Z.P.O. ist zum Erlasse auch das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Baugrundstück liegt, als Vollstreckungsgericht zuständig und zwar selbst dann, wenn der Fall für dringlich nicht erachtet wird. Es braucht also nicht, wie bei sonstigen nicht dringlichen einstweiligen Verfügungen, das Prozeßgericht angegangen zu werden. Der Unternehmer hat bei Stellung seines Gesuches um Anordnung der einstweiligen Verfügung seine Bauforderung glaubhaft zu machen (§§ 936, 920, 294 Z.P.O.). Leistet er jedoch Sicherheit, so kann die einstweilige Verfügung auch ohne Glaubhaftmachung der Forderung erlassen werden (§ 936, § 921 II Z.P.O.).

Die Eintragung der Vormerkung erfolgt nach den allgemeinen formellen Vorschriften des Grundbuchrechtes. Sie geschieht darum nur auf Antrag (§ 13 Gr.B.O.). Der Bauunternehmer hat bei

[1]) So auch Kretschmar zu § 648.

[2]) Ebenso Oberneck S. 723, nach dem dies jedoch von einer „weitverbreiteten Praxis" getan wird, Neumann Note 4 zu § 648, Staudinger S. 484 IIIa, III. Bd. S. 378 2aα, vgl. noch R.G. Bd. 26 S. 288, Bd. 30 S. 351.

Stellung des Antrages dem Grundbuchamt eine Ausfertigung der einstweiligen Verfügung, allenfalls auch einen Zustellungsnachweis (§§ 929, 936 Z.P.O.) vorzulegen.[1]) Nach § 941 Z.P.O. in Verbindung mit § 39 G.B.O. kann jedoch auch das Gericht, das die einstweilige Verfügung erlassen hat, das Grundbuchamt unmittelbar um die Eintragung der Vormerkung ersuchen. Eine Eintragung darf aber nicht mehr erfolgen gemäß §§ 936, 932 III, 929 III Z.P.O., wenn der Antrag auf Eintragung der Vormerkung bei dem Grundbuchamt erst gestellt wird, nachdem 2 Wochen seit der Verkündung oder der Zustellung der einstweiligen Verfügung verstrichen sind.

Die Vormerkung gibt dem Unternehmer natürlich keine größeren Rechte dem Umfange nach, als die Einräumung der Sicherungshypothek nach § 648 gewähren würde.[2]) Der Anspruch des § 648 wird durch die Vormerkung auch nicht etwa dinglich,[3]) denn die Vormerkung führt keine dingliche Belastung des Grundstückes herbei.[4]) Die etwa eingetragene Vormerkung gibt deshalb kein Klagerecht auf Einräumung der Hypothek gegen den dritten Erwerber des Grundstückes.[5]) Hat aber der Besteller das Baugrundstück nach Eintragung der Vormerkung veräußert und ist er deshalb nicht mehr imstande, den durch die Vormerkung gesicherten Anspruch aus § 648 zu verwirklichen, so kann gemäß § 888 B.G.B. der (eingetragene) Erwerber oder sein Erbe zur Erteilung der Zustimmung angehalten werden, die zur Verwirklichung des Anspruches erforderlich ist. Der Unternehmer kann gegen den Erwerber des Grundstückes gemäß § 888 auf Erteilung der Zustimmung ohne weiteres klagen, wenn die Vormerkung auf Grund einer Einwilligung des Bestellers eingetragen ist. Erfolgte dagegen

---

[1]) Ebenso Staudinger III. Bd. S. 83 $III_1$.

[2]) Ebenso Dernburg S. 445 N. 2.

[3]) Ebenso O.L.G. Dresden in Rechtspr. Bd. 4 S. 237, Kuhlenbeck S. 527, Staudinger III. Bd. S. 78/79 IV.

[4]) Vgl Protokolle III S. 740.

[5]) Ebenso Achilles Anm. 3 zu § 648.

die Eintragung der Vormerkung auf Grund einer einstweiligen Verfügung, so ist der Erwerber zu der ihm nach § 888 obliegenden Zustimmung auf Eintragung der vorgemerkten Sicherungshypothek erst dann verpflichtet, wenn der Unternehmer wider den Besteller ein dessen Einwilligung ersetzendes Urteil erstritten hat oder wenn eine formgerechte Eintragungsbewilligung des Bestellers vorliegt.[1])

Weil die Vormerkung keine dingliche Belastung des Grundstückes herbeiführt, so steht sie auch nicht unter dem Schutze von § 892 B.G.B.;[2]) ihre maßgebende Grundlage ist und bleibt der obligatorische Anspruch. Der Zessionar, der eine angebliche Forderung von einem Bauunternehmer erworben hat, für die eine Vormerkung eingetragen ist, kann sich daher nicht darauf berufen, daß er das Nichtbestehen der Forderung nicht gekannt habe, und auf die Vormerkung hinweisen. — Wenn die durch eine Vormerkung gesicherte Bauforderung übertragen wird, so muß auch die dadurch geschaffene Rechtsstellung des Unternehmers auf den neuen Gläubiger übergehen.[3]) Denn § 401 findet ebenfalls (vgl. oben S. 50 51) entsprechende Anwendung auf die Rechte aus einer Vormerkung. Der neue Gläubiger kann also die Eintragung einer Sicherungshypothek mit dem durch die Vormerkung gesicherten Range verlangen. Der Übergang der Forderung kann in das Grundbuch eingetragen werden. Eine besondere Abtretungserklärung ist zur Umschreibung nicht erforderlich; es genügt der Umschreibungsantrag des Unternehmers ohne Abtretungserklärung.[4])

Die Vormerkung erstreckt sich regelmäßig auf das Zubehör des

---

[1]) Ebenso O.L.G. Dresden v. 31. Januar 1902 in Rechtsprechung 1902 Bd. 4 S. 237, Kuhlenbeck S. 527.

[2]) Ebenso Kammergericht Bd. 21 S. 286 A und Rechtspr. 2 S. 243, Biermann zu § 886 S. 70, Dernburg S. 161 [12], Planck zu § 883 [2], Staudinger III. Bd. S. 79 V [3], Turnau-Foerster II 4 [d] zu § 883 — anders Fuchs S. 122/152, Cosack II. Bd. § 183 III 3. 4.

[3]) Ebenso Oertmann und Planck Anm. 1 zu § 648.

[4]) Ebenso Lobes Zentralblatt Bd. I S. 47, Staudinger zu § 883 S. 80.

Grundstückes, jedoch nicht weiter, wie nach § 1121 B.G.B. das Zubehör für die endgültig eingetragene Sicherungshypothek haften würde.[1])

Ist die Forderung des Unternehmers durch Befriedigung oder in anderer Weise erloschen, so erlischt das Recht aus § 648 und deshalb auch aus der eingetragenen Vormerkung.[2]) Der Besteller hat dann einen Berichtigungsanspruch auf Beseitigung der Vormerkung. War bereits eine Sicherungshypothek eingetragen, so verwandelt sie sich in eine Eigentümerhypothek für den Besteller, wenn er die Bauforderung bezahlt (§ 1163 B.G.B.). Beim Rücktritt vom Vertrage fällt die Hypothek zusammen.[3]) — Steht dem Eigentümer dagegen lediglich eine peremptorische Einrede z. B. der Verjährung gegen die Forderung zu, so hat dies nicht das Erlöschen der Vormerkung zur Folge, da der Anspruch noch besteht und nur entkräftbar ist. Der Eigentümer kann aber gemäß § 886 B.G.B. von dem Bauunternehmer die Beseitigung der Vormerkung verlangen. (Vgl. noch § 1169 und auch § 223 B.G.B.) Aus diesem Grunde kann der Unternehmer Zahlung nur gegen Löschung der Vormerkung verlangen.[4]) Das Verhältnis ist hierbei ähnlich wie in einem gegenseitigen Vertrage, Löschungsbewilligung und Zahlung haben Zug um Zug zu erfolgen. — Hat der Besteller die auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragene Vormerkung nachträglich bewilligt, so bedarf es zur Löschung der Bewilligung des Bauunternehmers, auch wenn die Verfügung durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben wird. Da die nachträgliche Bewilligung also von rechtlicher Bedeutung ist, so ist sie eintragungsfähig.[5])

Die Frage, ob der Grundstückseigentümer berechtigt ist, eine

[1]) Ebenso Biermann Widerspruch S. 202, Biermann S. 65 [3a], Protok. III S. 747, Staudinger III. Bd. S. 79 V 5, Turn.-Foerster II 4 m zu § 883.

[2]) So Achilles S. 336, Neumann 8 zu § 648.

[3]) Vgl. O.L.G. Posen in Pos. Monatsschrift 1902 S. 108.

[4]) Ebenso R.G. v. 5. Januar 1904 in Bd. 56 S. 251 und Juristische Wochenschr. 1904 S. 91.

[5]) Ebenso: Kammergericht Bd. 20 S. A 77, Biermann S. 70 N. 2 zu § 886.

im Wege einstweiliger Verfügung vorgemerkte Hypothek aus § 648 durch Sicherheitsleistung zu beseitigen, ist mit dem Reichsgerichte Bd. 55 S. 141[1]) zu bejahen im Gegensatz zum Urteil des Kammergerichtes vom 10. Dezember 1902.[2]) Denn eine auf einstweiliger Verfügung beruhende Vormerkung ist an sich kein Vollzug des im § 648 gewährten Anspruches, sondern Vollzug einer zum Schutze dieses Anspruches vom Richter nach freiem Ermessen angeordneten prozessualen Maßregel. Dies gilt jedoch nur für die durch einstweilige Verfügung gestattete Vormerkung, im übrigen ist das auf § 648 beruhende Recht des Gläubigers ein klagbares und erzwingbares Privatrecht, an dessen Stelle der Richter nicht ein ihm gut dünkendes anderes Recht setzen darf, selbst wenn dieses dem Gläubiger noch bessere Sicherheit bieten sollte.[3]) — Dagegen ist der Eigentümer nicht berechtigt, die Hypothek selbst durch Sicherheitsleistung zu beseitigen.[4])

Sehr oft wird aber die Vormerkung oder sogar die erlangte Sicherungshypothek dem Bauunternehmer deshalb nichts nützen, weil er von dem Baugeldgeber durch die Drohung, die weiterhin nötigen Gelder zu verweigern, veranlaßt wird, diesem seinen Rang einzuräumen. Gemäß § 880 B.G.B. ist zur Rangänderung die Einigung des zurücktretenden Bauunternehmers und des vortretenden Baugeldgebers sowie die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Außerdem ist die Zustimmung des Eigentümers nötig, wenn die Sicherungshypothek zurücktreten soll. Soll jedoch die Hypothekenvormerkung zurücktreten, so ist die Zustimmung des Eigentümers nicht erforderlich, weil aus der bloßen Hypotheken-

[1]) Angeführt auch Jurist. Wochenschr. 1903 S. 243, Seufferts Archiv Bd. 59 Nr. 182. — Dagegen legt das R.G. Gruchot Bd. 34 S. 1089, Jurist. Wochenschr. 1896 S. 33 Nr. 18 Gewicht darauf, ob der Zweck der richterlichen Verfügung auch durch eine Sicherheitsleistung erreicht werden kann, und verneint dies, weil in dem betr. Falle der Antragsteller die Auflassung eines Hauses, nicht Geld, verlangt.

[2]) Rechtsprechung Bd. 6 S. 85, Seuff. Archiv Bd. 59 Nr. 78.

[3]) Ebenso Staudinger S. 484 III d.

[4]) Kammergericht daselbst.

vormerkung eine Eigentümerhypothek nicht entstehen kann.[1]) Die Vereinbarung einer Rangänderung ist bereits vor endgültiger Eintragung gestattet.[2]).

Zu bemerken ist noch, daß der Unternehmer nach § 11 G.B.O. auch das Recht zur Einsichtnahme des Grundbuches hat.[3])

### d) Einwirkung des Konkurses.

Gerät der Bauherr nach Eintragung der Vormerkung in Konkurs, so kann der Unternehmer nach § 24 Konkursordnung von dem Verwalter die Eintragung der Sicherungshypothek verlangen. Wiewohl die Stellung des § 24 im Titel über die „Erfüllung der Rechtsgeschäfte" dafür spricht, daß nur an die auf Grund von Rechtsgeschäften eingetragenen Vormerkungen gedacht ist, so soll § 24 nach der ausdrücklichen Erklärung der gesetzgebenden Faktoren schlechthin für alle Vormerkungen anwendbar sein.[4])

Abgesehen hiervon kann nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Bestellers eine Sicherungshypothek auf Grund von § 648 nicht mehr eingetragen werden; eine vor der Eröffnung, aber nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Konkurseröffnung eingetragene Hypothek oder Vormerkung ist aber nach § 30 Nr. 1 der Konkursordnung anfechtbar. Das Rechtsverhältnis ist hier also ebenso wie bei dem vertragsmäßigen Anspruch auf Hypothekenbestellung, der ja auch nur durch den gesetzlichen Anspruch aus § 648 ersetzt werden soll (siehe oben S. 42). Da sehr oft Bauherren während des Bauens in Konkurs geraten, so wird § 648 in zahlreichen Fällen keinen Schutz gewähren können und gerade dann versagen, wenn ein Schutz besonders nötig wird.

---

[1]) Siehe Biermann Widerspruch S. 151.

[2]) Ebenso Kammergericht Bd. 22 S. A 131 und Entscheidung der freiw. Gerichtsbarkeit Bd. 2 S. 145.

[3]) Ebenso Kammergericht Bd. 20 S. A 173, Dernburg III S. 112 Endemann II S. 274, Riezler S. 156, Staudinger S. 484 III a.

[4]) Siehe Jaeger Anm. 7 zu § 24 der K.K.O.

Das Gesetz enthält also eine Lücke,[1]) deren Beseitigung dringend zu wünschen ist. — Eine Anfechtung der Sicherungshypothek, die von dem in Konkurs geratenen Bauherrn in den letzten 10 Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage dem Unternehmer für seine Forderung bewilligt ist, kann allerdings nicht auf Grund von Ziff. 2 des § 30 K.K.O. erfolgen, wenn die gesicherte Forderung bereits vorher entstanden war und der Unternehmer damit einen materiellrechtlichen Anspruch auf Sicherung erworben hatte.[2])

### e) Übergangszeit.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß § 648 zweifellos die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Sicherungshypothek voraussetzt.[3]) Darum entsteht die Frage, ob § 648 auch in der Übergangszeit, bevor das Grundbuch für angelegt erklärt ist, angewandt werden darf. Maßgebend sind in dieser Hinsicht vorzugsweise die einzelnen Landesgesetze, sowohl die Übergangsvorschriften wie auch die ältern Gesetze. Für Preußen ist die Frage ohne Bedeutung, da nach der Königl. Verordnung vom 13. November 1899 fast für ganz Preußen das Grundbuch mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches für angelegt gilt. Für Bayern bestimmt Art. 50 des Übergangsgesetzes vom 9. Juli 1899, daß die Voraussetzungen und der Umfang des Sicherungsanspruches sich bis zur Erklärung der Anlegung des Grundbuches nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche § 648 bemessen. Dieser Anspruch soll als gesetzlicher Hypothekentitel im Sinne des alten Bayrischen Hypothekengesetzes von 1822 gelten.[4])

---

[1]) So auch das R.G. v. 3. November 1905 VII 36/05 (mitgeteilt bei Scherer das 6. Jahr des B.G.B. (1906) S. 189 Nr. 1010).

[2]) Ebenso Jaeger Anm. 48 zu § 30 K.K.O.

[3]) Ebenso Staudinger S. 485 VII.

[4]) Vgl. oben S. 7, Staudinger S. 485 VII.

## III.

### § 8.

### Die neueren Bestrebungen und die Gesetzentwürfe zum Schutze der Bauforderungen.

Die vorstehenden Untersuchungen ergeben — nach der negativen Seite hin — in der Hauptsache folgendes:

1. § 648 schützt nicht alle Bauhandwerker, sondern nur diejenigen, die auf Grund eines mit dem Bauherrn geschlossenen Werkvertrages Arbeiten in das Grundstück geleistet haben, also insbesondere nicht die auf Grund von Dienstverträgen Verpflichteten und die mit andern Unternehmern Kontrahierenden; ferner auch nicht die Lieferanten von Baumaterialien;

2. § 648 gewährt nicht eine unmittelbare Sicherung der Forderung, sondern nur einen Titel auf die Hypothekenbestellung;

3. Dieser Titel wird nur gegeben, wenn und soweit Arbeit geleistet wird, und kommt deshalb oft zu spät.

4. Die Forderung der Bauhandwerker genießt keinerlei Vorrecht vor älteren oder anderen Forderungen.

Unter diesen Umständen ist es begreiflich, daß die Bauhandwerker trotz der Schaffung des § 648 weitere gesetzliche Maßnahmen zu ihrem Schutze verlangten. Denn es lag auf der Hand, daß § 648 die Schäden des Baugewerbes, deren Vorhandensein auch von den Feinden einer Schutzgesetzgebung eingestanden wurden, nicht beheben und den Bauschwindel nicht verhindern konnte. Erkannte man schließlich auch die Notwendigkeit eines staatlichen Eingreifens an, so gingen die Ansichten doch sehr auseinander über den hierbei einzuschlagenden Weg. Während die einen ein Pfandvorrecht gewähren oder mit sonstigen Mitteln des Privatrechtes helfen wollten, machten andere Vorschläge auf dem Gebiete des Strafrechtes, des Gewerberechtes oder des Verwaltungsrechtes.

Andere hingegen wollten die Regelung der Landesgesetzgebung überlassen.[1])

Am 22. Januar 1896 (Stenogr. Berichte S. 495) beschloß der Reichstag fast einstimmig: „Die verbündeten Regierungen zu ersuchen, einen Gesetzentwurf vorzulegen, durch den die Bauhandwerker und Bauarbeiter für ihre aus Arbeiten und Lieferungen an Neu- und Umbauten erwachsenden Forderungen gesichert werden."

Das Preußische Abgeordnetenhaus faßte auf Antrag des Abgeordneten Wallbrecht in der Sitzung vom 18. Mai 1896 (Stenogr. Ber. S. 2222, 2237) den Beschluß, die Kgl. Staatsregierung zu ersuchen, einen Gesetzentwurf zur Beseitigung der Mißstände im Baugewerbe vorzulegen, und verband hiermit das Ersuchen: „Die Erwägungen darüber fortzusetzen, in welcher Weise den Forderungen der Bauhandwerker, Lieferanten und Arbeiter ein wirksamer dinglicher Schutz gewährt werden kann."

Auch das Preußische Herrenhaus überwies am 27. März 1895 (Berichte S. 49) eine Petition zum Schutze der Bauhandwerker der Staatsregierung zur Berücksichtigung.

Angeregt durch diese Beschlüsse arbeitete eine Kommission, bestehend aus Vertretern des Reichsjustizamtes und des Reichsamtes des Innern sowie der beteiligten preußischen Ministerien, einen Entwurf eines Reichsgesetzes betr. die Sicherung der Bauforderungen und eines preußischen Ausführungsgesetzes aus[2]). Dieser Entwurf wurde zugleich mit seiner Begründung infolge eines Beschlusses des Preuß. Staatsministeriums am 15. Dezember 1897 im Reichsanzeiger veröffentlicht, um den Vertretern der Rechtswissenschaft und der Rechtspflege wie den Vertretern der von dem Entwurfe betroffenen wirtschaftlichen Interessen Gelegenheit zu geben, mit ihren

[1]) Vgl. besonders Freese S. 170 ff, der bis zum Jahre 1894 bereits 20 Vorschläge gesammelt hatte und der bemerkt, daß sich diese Zahl inzwischen (1901) verdoppelt habe.

[2]) Es waren bereits vorher 5 Entwürfe im Preuß. Justizministerium ausgearbeitet worden; sie wurden gar nicht veröffentlicht, sondern wanderten bereits bei der Regierung in den Papierkorb.

Urteilen und Vorschlägen zur Verwertung für die weitere Beschlußfassung herauszutreten. Der Grundgedanke des Entwurfes war die Gewährung einer bevorzugten Hypothek (§ 15) für die Bauforderungen der Bauunternehmer und der Bauarbeiter, soweit die Bauforderungen aus Verträgen hervorgehen, die mit dem Eigentümer der Baustelle oder für dessen Rechnung abgeschlossen sind (§ 7). Die Bauerlaubnis sollte nur erteilt werden, wenn auf dem Grundbuchblatte der Baustelle ein Bauvermerk eingetragen wurde, der die Höhe des Baustellenwertes angeben mußte (§ 2, 3, 4). Die für die Forderung eingetragene Hypothek, die Bauhypothek, sollte, vorbehaltlich der besonderen Behandlung der Baugelderhypotheken, den voreingetragenen Rechten insoweit im Range vorgehen, als diese den im besonderen Verfahren vor dem Beginne des Baues festzustellenden Baustellenwert überstiegen (§ 15).

Der bei der Veröffentlichung des Entwurfes ausgesprochenen Aufforderung zur Äußerung kam man von allen Seiten im weitesten Maße nach. In zahllosen juristischen und volkswirtschaftlichen Zeitschriften, in besonderen Abhandlungen und Broschüren, in Leitartikeln fast sämtlicher Tageszeitungen, in Eingaben an die zuständigen Behörden, in Äußerungen und Gutachten der Innungen, Handwerks- und Handelskammern sowie in Versammlungen zahlreicher Vereine erörterte man eingehend den Entwurf[1]). Dieses allseitige Interesse zeigt, wie wichtig und brennend die Frage einer Regelung der Bauverhältnisse ist. Die Aufnahme, die der Entwurf fand, war eine verschiedene. Während die einen, insbesondere die Bauhandwerker und ihre Vertreter, die Handwerkskammern, für den Entwurf eintraten, erklärten sich die Grundbesitzer, die Baugeldgeber und andere Interessenten, die sich durch den Entwurf in ihrer Bewegungsfreiheit eingeschränkt glaubten, überwiegend gegen den Entwurf (S. 11 des Entwurfes 1901). Die einen befürchteten

[1]) In der amtlichen Ausgabe von 1901 S. 90—170 findet sich eine außerordentlich umfassende, geschickte, unbefangene und klare Übersicht der ergangenen Äußerungen. Dieselbe hat für jeden den größten Wert, der sich mit dem Thema beschäftigt. Die Übersicht ist geschlossen anfangs Mai 1899.

von der Annahme des Entwurfes eine Gefährdung des Realkredits und eine Einschränkung der Bautätigkeit und damit eine Steigerung der Mietspreise sowie eine Vermehrung des Baustellenwuchers, während andere diese Besorgnisse für unbegründet und übertrieben hielten und eine Gesundung des Baugewerbes erhofften. Abgesehen von den beteiligten Kreisen hielten sich die Stimmen, die für den Entwurf eintraten, und diejenigen, die ihn ablehnten, so ziemlich die Wagschale. Jedenfalls zeigten die zahlreichen vorgebrachten Bedenken, wie unendlich schwierig eine Regelung ist.

Sie waren die Veranlassung, daß der Entwurf einer erneuten Beratung durch eine Kommission unterzogen wurde, die ebenfalls wieder aus Vertretern der beteiligten Preuß. Ministerien und der Reichsämter der Justiz und des Innern zusammengesetzt war. Da die Materie aber solche Schwierigkeiten bot, daß die Kommission sich nicht über einen Entwurf einigen konnte, so wurden 2 Entwürfe (Entwurf A und B) ausgearbeitet, um eine Beurteilung des verschiedenen Standpunktes der Kommissionsmitglieder zu ermöglichen (S. 12 d. Entwurfes). Im September 1901 wurden dann beide Entwürfe zufolge eines Beschlusses des Preußischen Staatsministeriums in gleicher Weise wie der frühere Entwurf bekannt gegeben.

Beide Entwürfe halten übereinstimmend an dem Grundsatze des Entwurfes von 1897 fest, den Baugläubigern eine Sicherung aus dem errichteten Gebäude, aber unter Ausschluß des Baustellenwertes, zu geben. Aber während der frühere Entwurf der Bauhypothek in gewissem Umfange den Vorrang vor eingetragenen Rechten einräumte und damit gegen die Grundsätze unseres Grundbuchrechtes verstieß, vermeiden die Entwürfe diesen Vorstoß und beseitigen damit diesen immer wieder erhobenen Vorwurf. Der Rang aller Belastungen bestimmt sich wie sonst nach ihrer Eintragung. Um aber die Baugläubiger zu sichern hinsichtlich des durch ihre Arbeit herbeigeführten Mehrwertes, soll die Bauerlaubnis nur erteilt werden, wenn die voreingetragenen Rechte den Baustellenwert nicht übersteigen oder wenn in Höhe des Mehrbetrages

den Baugläubigern durch Hinterlegung von Geld oder von Wertpapieren Sicherheit geleistet wird (sog. Differenzkaution §§ 1 u. 4)[1]). Die Ersetzung des Vorranges der Bauhypothek durch die Differenzkaution und die Einführung des Instituts der Treuhänder zur Leistung der Zahlungen aus den Baugeldern an die Bauhandwerker (§ 22) sind die wichtigsten Neuerungen der Entwürfe von 1901. Das letztere Institut will dem Baugeldgeber, der nur dann den Vorrang vor der Bauhypothek erlangt, wenn derjenige, an den er zahlt, auch wirklich Baugläubiger ist, diese Prüfung abnehmen. Weitere, weniger wesentliche Änderungen sind z. B. die Herabsetzung der Frist zur Anmeldung der Bauforderung von 6 auf 3 Monate und die Befugnis des Eigentümers, die Anmeldung von Bauforderungen durch Sicherheitsleistung zu beseitigen.

Beide Entwürfe stimmen großenteils überein. Sie weichen überhaupt nur bezüglich dreier Fragen von erheblicher Bedeutung von einander ab, nämlich der Fragen des Schutzes der Lieferanten, der Berücksichtigung der mit Zwischenpersonen abgeschlossenen Verträge und der Sicherung einer gleichmäßigen Verteilung der Baugelder unter die verschiedenen Baugläubiger (Entw. S. 17/18). Entwurf B will auch die Lieferanten und die mit Zwischenpersonen Kontrahierenden (sog. Nachmänner) schützen und die gleichmäßige Verteilung der Baugelder herbeiführen.

Diese Entwürfe waren, ähnlich den vorangegangenen, der Gegenstand vielfacher Erörterungen[2]). Es wiederholte sich dasselbe wie zuvor. Die Baustelleninteressenten und Bankkreise, die die Unbequemlichkeit des Gesetzes fürchten und in dieser Hinsicht wirklich allzu einseitige Interessenpolitik auf Kosten der Bauhandwerker be-

---

[1]) Der Entwurf ist damit einer Anregung von Schneider in seiner Abhandlung: „Zum Bauhandwerkergesetz. Vorschläge zur Abänderung des Regierungsentwurfes von 1897" und von Brumer auf dem 24. deutschen Juristentage (1898) gefolgt.

[2]) Vgl. die Rede des Staatssekretärs des Reichsjustizamts vom 26. Februar 1904 S. 1312 D, wonach die Öffentlichkeit „ganze Ballen von Kritiken" dem Justizamte zugänglich gemacht hat.

treiben[1]), sind gegen die Entwürfe[2]), die Bauhandwerker jedoch dafür. Aber auch diejenigen, die der Regierung für die Entwürfe dankbar waren, wünschten noch mannigfache Veränderungen. Besonders warm traten für die Entwürfe ein: Freese, Schneider und Oertmann[3]). Während die beiden ersten dem Entwurf B den Vorzug gaben, hielt Oertmann den Entwurf A für besser. Schneider veröffentlichte auf der Grundlage des Entwurfes B einen vollständigen Gegenentwurf (S. 8ff.), in dem er die ihm nötig erscheinenden Veränderungen vorschlug. Auch der im Jahre 1902 abgehaltene 26. deutsche Juristentag hielt den Entwurf B für eine „geeignetere Grundlage für die weiteren gesetzgeberischen Maßnahmen".

Die vorgebrachten Bedenken hielten jedenfalls die zuständigen Behörden ab, die Entwürfe den gesetzgebenden Faktoren vorzulegen, und veranlaßten sie, auf der Grundlage des Entwurfs B und unter Berücksichtigung der vorgebrachten Wünsche einen neuen Gesetzentwurf (den achten) auszuarbeiten[4]). Dieser ist vor kurzem dem Bundesrat, der ihn am 4. Oktober 1905 den zuständigen Ausschüssen überwies, und im Januar dieses Jahres bereits dem Reichstage vorgelegt. Gegen den neuen Gesetzentwurf erhoben sich

---

[1]) Vgl. Oertmann in Brauns Archiv Bd. XII S. 47. Im Berliner Tageblatt v. 23. Dezember 1897 Nr. 650 erklärt nach Oertmann daselbst ein großes Hypothekenbankinstitut die Regelung der Frage für ausgeschlossen, weil „ein wirksamer Schutz der Bauhandwerker im Wege der Gesetzgebung niemals ohne eine Gefährdung der Interessen der Hypothekengläubiger erfolgen könnte". Man sieht daraus, daß die Kapitalisten nicht gewillt sind, zugunsten der ehrlichen Arbeit etwas von ihrer jetzigen, unverdient günstigen Stellung aufzugeben und sich nicht darum kümmern, ob ihre angeblich gefährdeten Interessen auch stets berechtigt sind.

[2]) Der im November 1902 zu Frankfurt a. M. tagende Verein deutscher Immobilienmakler hielt die Entwürfe „für ganz unbrauchbar" und die im Januar 1902 zu Düsseldorf abgehaltene Delegiertenversammlung der Haus- und Grundbesitzervereine von Rheinland und Westfalen für „gänzlich unbrauchbar, gänzlich unannehmbar."

[3]) Im Archiv für bürgerl. Recht Bd. 20 S. 252ff.

[4]) Eine Veröffentlichung des Entwurfes zum Zwecke der öffentlichen Besprechung hat nicht stattgefunden.

bereits wieder in der Kommission Schwierigkeiten und es wurde wieder ein Gegenentwurf aufgestellt. Schließlich einigte man sich aber doch unter Zurückstellung erheblicher Bedenken zu einem Entwurfe.[1])

Der neue Entwurf schließt sich dem Entwurf B von 1901 an und zerfällt in 6 Abschnitte, nämlich: 1. Geltungsbereich des Gesetzes § 1 u. 2, 2. Baubeginn § 3—9, 3. Baugläubiger § 10—16, 4. Bauhypothek, Baugelderhypothek § 17—28, 5. Sicherheitsleistung § 29—35, 6. Schlußbestimmung §§ 36—40.

Die Sicherung der Bauforderungen soll wie bei den früheren Entwürfen dadurch geschehen, daß vor Beginn eines Neubaues (§ 1 II) auf dem Grundbuchblatte der Baustelle der Vermerk eingetragen wird, daß das Grundstück bebaut werden soll (Bauvermerk § 3). Mit der Eintragung des Bauvermerkes erwerben die Baugläubiger den Anspruch auf Einräumung einer Hypothek für ihre Bauforderungen (Bauhypothek); der Bauvermerk hat die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung dieses Anspruches § 3 II. Nach Beendigung des Baues können die Baugläubiger ihre Bauforderungen bei dem Grundbuchamt anmelden (§ 14 II u. 15), zu welchem Zwecke sie aber entweder die schriftliche Zustimmung des Eigentümers oder eine gegen den Eigentümer ergangene, die Anmeldung zulassende einstweilige Verfügung einreichen müssen (§ 15). Liegen bei dem Ablaufe der 2monatigen Anmeldefrist wirksame Anmeldungen vor, so wird für die angemeldeten Bauforderungen anstelle des Bauvermerkes eine sog. Bauhypothek eingetragen, andernfalls wird der Bauvermerk ohne weiteres gelöscht (§ 17 Abs. I u. II). Die Bauhypothek entsteht mit der Eintragung und gilt stets als Sicherungshypothek (§ 17 II). Mehrere bei der Eintragung der Bauhypothek berücksichtigte Bauforderungen haben gleichen Rang unter sich (§ 19). Da die Bauhypothek den durch den Bauvermerk gesicherten Rang erhält, so steht sie also bezüglich des Baues selbst an erster Stelle und geht

[1]) Nach der Bemerkung des Staatssekretärs des Reichsjustizamtes in der Reichstagssitzung v. 26. Februar 1904 Stenogr. Berichte S. 1313 A.

nur den bereits auf der Baustelle eingetragenen Hypotheken nach. Daß die Bauhypothek durch voreingetragene Hypotheken, die das Grundstück über seinen Wert belasten, nicht wertlos wird, will der Entwurf ebenso wie die früheren durch die Differenzkaution erreichen. Nach § 5 darf nämlich die Bauerlaubnis nur erteilt werden, wenn gemäß § 4 in Höhe des fünften Teiles der voraussichtlichen Baukosten Sicherheit geleistet ist oder wenn der Bauvermerk eingetragen ist und entweder die ihm vorgehenden Belastungen den Baustellenwert nicht übersteigen oder in Höhe des Überschusses Sicherheit geleistet ist. Die Eintragung eines Bauvermerkes unterbleibt, wenn zu $^1/_5$ der voraussichtlichen Baukosten Sicherheit geleistet wird (§ 4). Wenn nachträglich diese Sicherheit geleistet wird, so wird gemäß § 9 der Bauvermerk gelöscht. Der Betrag der Bauhypothek vermindert sich um den Betrag der geleisteten Sicherheit (§ 17 V). Das Verfahren und die Grundsätze über die Feststellung des Baustellenwertes sollen sich nach Landesgesetzen bestimmen (§ 7). — Das Gesetz gilt nur in den durch landesherrliche Verordnung bestimmten Gemeinden (§ 1) und nur für einen Neubau, worunter die Errichtung eines zu Wohn- oder gewerblichen Zwecken dienenden Gebäudes auf einer Baustelle verstanden wird, die zur Zeit der Erteilung der Bauerlaubnis unbebaut oder nur mit Gebäuden untergeordneter Art besetzt ist und sich während der letzten 3 Jahre in dem gleichen Zustande befunden hat (§ 1 II).

Als Baugläubiger gelten nach § 10 — im Anschluß an den Entwurf B — die an der Herstellung des Gebäudes oder eines einzelnen Teiles des Gebäudes auf Grund eines Werk- oder Dienstvertrages Beteiligten sowie diejenigen, welche zur Herstellung des Gebäudes Sachen geliefert haben, wegen ihrer Ansprüche auf die in Geld vereinbarte Vergütung, sofern die Werk-, Dienst- oder Lieferungsverträge von dem Eigentümer der Baustelle oder für dessen Rechnung geschlossen worden sind. Eine Forderung kommt aber nur soweit in Betracht, als die Leistung wirklich in den Bau verwendet ist (§ 12). Deshalb soll bei einer offenbar erheblichen Überschreitung der vereinbarten gegen die übliche Vergütung nur

der dem üblichen Preise entsprechende Betrag als Bauforderung gelten (§ 13). Eine nachträgliche Veräußerung der Baustelle berührt die Rechte der Baugläubiger nicht. Die in § 10 genannten Personen gelten auch dann als Baugläubiger, wenn der Vertrag nicht mit dem Eigentümer, sondern mit anderen Unternehmern abgeschlossen ist und der Eigentümer wußte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht wußte, daß dem ersten Unternehmer ausreichende Mittel zur Befriedigung der Baugläubiger nicht zu Gebote standen oder daß er nicht die Absicht hatte, diese Forderungen vollständig zu befriedigen (§ 11). Hat der Nachmann eines Unternehmers eine Bauforderung angemeldet, so kann der Unternehmer sie nicht anmelden; die Bauhypothek steht also in dieser Höhe dem Nachmann zu, geht aber auf den Vormann über, wenn er den Nachmann befriedigt (§ 18).

Der Entwurf läßt die Grundsätze des Grundbuchrechtes unberührt, denn nach § 20 bestimmt sich der Rang der Bauhypothek gegenüber andern Rechten nach der Eintragung des Bauvermerkes. Eine besondere Regelung war aber nötig für das Verhältnis der Bauhypothek zu den Baugeldgebern, da das Gesetz bestrebt sein muß, die Hingabe von Baugeld auch fernerhin zu ermöglichen. Denn das Baugeldgeschäft ist von großem Nutzen, soweit das hergegebene Geld auch wirklich zur Bestreitung der Baukosten verwendet wird, und für die Bautätigkeit unentbehrlich, falls nicht der Großbetrieb sich allein des Baugewerbes bemächtigen soll. Darum bestimmt § 22: „Der Baugelderhypothek gebührt der Vorrang vor der Bauhypothek für den Betrag derjenigen Zahlungen, welche in Anrechnung auf die Baugelder von den Baugeldgebern zum Zwecke der Tilgung einer Bauforderung an den Baugläubiger oder in Höhe einer von dem Eigentümer getilgten Bauforderung an diesen geleistet worden sind." Kenntnis oder grobfahrlässige Nichtkenntnis des Nichtbestehens der Forderung schließt den Vorrang aus. — Der Entwurf hat auch von dem Institut des Treuhänders Gebrauch gemacht, um dem Baugeldgeber bei Hergabe der Gelder die Prüfung abzunehmen, welche Forderungen wirklich

Bauforderungen sind. Nach § 23 kann auf Antrag des Baugeldgebers zur Vermittelung der von ihm zu leistenden Zahlung ein Treuhänder mit den Rechten und Pflichten eines gerichtlichen Pflegers bestellt werden. In diesem Falle begründen alle nach Maßgabe der Anweisungen des Treuhänders geleisteten Zahlungen den Vorrang vor der Bauhypothek, sofern der Baugeldgeber durch Anschlag auf dem Baue bekannt gemacht hat, daß er durch Vermittlung des Treuhänders Zahlung leisten werde. Der Treuhänder darf die Anweisung zur Zahlung nur erteilen, soweit der Baugeldgeber nach Maßgabe des § 22 zur Zahlung mit Wirkung gegen die Baugläubiger berechtigt ist.

Von den übrigen Vorschriften des Entwurfes, die zumeist formeller Natur sind, ist noch hervorzuheben § 29, wonach die geleistete Sicherheit den Baugläubigern in gleicher Weise haftet, wie das Grundstück kraft der Bauhypothek haften würde. Nach dem Ablaufe der Anmeldefrist kann jeder Beteiligte die Eröffnung eines Verteilungsverfahrens bez. der geleisteten Sicherheit beantragen (§ 34). Nach Löschung des Bauvermerks hat das Grundbuchamt auf Antrag die Rückgabe der Sicherheit anzuordnen (§ 35). Ein Verzicht auf die Rechte des Baugläubigers ist erst nach dem Beginn der Anmeldefrist oder nach der Anordnung der Subhastation zulässig (§ 37).

Im großen und ganzen wird man dem Entwurfe zustimmen können, wenn auch hier und da noch einige Verbesserungen vorgenommen werden müssen. Insbesondere dürfte die Bestimmung des § 9, daß auch noch nachträglich Sicherheit geleistet werden kann, zu beseitigen sein, weil hierdurch sehr leicht unlautere Maßnahmen begünstigt werden können.[1]) Es dürfte sich auch empfehlen, das Gesetz nicht bloß auf Neubauten zu beschränken, sondern auch auf größere Umbauten auszudehnen. — Die hauptsächlichsten Bedenken, die auch von zustimmenden

[1]) Vgl. Baugewerkszeitung 1905 (37. Jahrgang) S. 1113. Der Ausschuß des Handwerks- und Gewerbekammertages hatte in seiner Sitzung v. 13. Dezember 1905 eine dahingehende Resolution und die Konferenz der Handwerkskammern v. 15./16. Januar 1906 einen entsprechenden Beschluß gefaßt.

Kreisen gegen den Entwurf geltend gemacht werden,[1]) sind die, daß das Bauen wegen der vielen Förmlichkeiten erschwert und verzögert, die Bautätigkeit sich wegen der Verteuerung des Bauens vermindern würde und endlich, daß nur die großkapitalistischen Baukreise Vorteile von dem Gesetze haben, die kleinen Handwerker dagegen mehr und mehr verschwinden würden. Was den ersten Einwurf anlangt, so könnte dieser Nachteil durch schnelleres Arbeiten der Behörden wohl beseitigt werden; außerdem würde die Verzögerung hauptsächlich bei Beginn des Baues eintreten, weniger während des Baues. Für die gewöhnlichen Fälle wird es aber nicht darauf ankommen, ob der Bau einige Monate früher oder später begonnen wird. Man wird sich eben einrichten und bereits früher mit den einleitenden Schritten beginnen. — Der 2. Einwand ist durchaus unhaltbar, denn das Bauen hängt im allgemeinen nicht von der bloßen Willkür des einzelnen ab, sondern ist eine Folge der gesamten Verhältnisse. Wenn die Bevölkerung oder der Wohlstand zunimmt, so wird das Bauen nötig und auch nutzbringend. Das Kapital, das noch immer seinen Weg gefunden hat und sich eine Gelegenheit zum Gewinn nicht entgehen läßt, würde sich dann dem Bauen nach wie vor zuwenden, abgesehen davon, daß es auf die Anlegung angewiesen ist und in Bauten meist eine sichere Anlagestelle findet.[2]) Daß es dem gänzlich mittellosen Bauherrn nicht mehr möglich sein würde, ganz mit fremden Geldern einen Bau auszuführen, wäre nicht zu beklagen, sondern als eine weitere segensreiche Folge des Gesetzes zu begrüßen.

Das dritte Bedenken wird merkwürdigerweise von den Handwerkskammern, dem Organ der angeblich gefährdeten kleinen Handwerker, meines Wissens nicht erhoben und dürfte deshalb wohl auch kein Grund sein, den Entwurf abzulehnen. Ob wirklich eine Zurückdrängung der kleinen Handwerker stattfindet, steht noch gar nicht fest. Befürchtungen haben sich schon des öftern als grundlos

[1]) Vgl. das Protokoll dieser Konferenz S. 15, 16 und Hilfe in der Baugewerkszeitung Nr. 81 (1905) S. 1013; und daselbst S. 1107.

[2]) Vgl. auch Oertmann im Jahrbuch Bd. 60 S. 282.

erwiesen. Man mache deshalb ruhig einmal den Versuch mit dem Gesetze; tritt tatsächlich dieser Nachteil als Folge des Gesetzes ein, so wird es sicherlich möglich sein, Mittel und Wege zur Verhütung weiterer Schäden zu finden. Wenn sich in der Folgezeit mehr und mehr Baugesellschaften, wie stets betont wird, bilden würden, so würde dies an sich noch kein allzugroßer Nachteil, jedenfalls für die Bauhandwerker weniger nachteilig sein als der jetzige schutzlose Zustand. Denn auch die Handwerker könnten und würden sich an diesen Baugesellschaften beteiligen oder sich untereinander, wie dies bereits jetzt des öftern geschieht, zu Genossenschaften zusammenschließen. Es würde dann nur — bloß schneller — eintreten, was voraussichtlich doch eintreten würde als Folge unseres heutigen wirtschaftlichen und sozialen Grundsatzes: Selbsthilfe durch Zusammenschluß der Gleichgestellten. Außerdem würden auch die großen Baugesellschaften der Handwerker nicht entbehren können. — Wirkliche Nachteile des Gesetzes sind m. Erachtens nur die Schwierigkeiten, die sich der verlangten Feststellung des Baustellenwertes[1]) entgegenstellen, und die Verteuerung des Bauens. Man muß aber auch bedenken, die letzteren Nachteile werden sich voraussichtlich dadurch wieder ausgleichen, daß infolge der Gesundung des Bauwesens anderseits wieder natürlichere Verhältnisse (z. B. Wegfall der sog. Verlustprämien der Bauhandwerker) und deshalb auch billigere Preise eintreten werden.

Hier eine eingehendere Kritik des Entwurfes zu geben, liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, ist auch aus dem Grunde wenig angebracht, weil vielleicht bereits in einigen Wochen die Beratung des Entwurfes im Reichstage beginnt und die jetzige Fassung des Entwurfes dann nur noch ein historisches Interesse hat.

Zu dem Entwurfe haben sich bereits eine Reihe von Hand-

[1]) Deshalb dürfte es sich empfehlen den Baustellenwert erst dann festzustellen, wenn es wirklich nötig ist. In der Regel ist eine solche Feststellung erst in der Subhastation nötig oder sonst, wenn unbefriedigte Bauforderungen angemeldet werden. Vgl. des Näheren die Rede des Abgeordn. Burlage in der Reichstagssitzung von 26. Februar 1904 S. 1311 A.B.

werkskammern gutachtlich geäußert, und zwar alle, wie vorauszusehen, in zustimmendem Sinne, wenngleich einige Abänderungen wünschend, „damit das Gesetz seine Zwecke nicht teilweise verfehle.“[1]) In seiner am 13. Dezember 1905 zu Berlin abgehaltenen Sitzung, an der die Kammern Berlin, Breslau, Darmstadt, Dortmund, Hannover, Lübeck, München, Stettin, Stuttgart teilnahmen, nahm der Ausschuß des deutschen Handwerks- und Gewerbekammertags folgende Resolution an: „Der Ausschuß des Deutschen Handwerks- und Gewerbekammertags stellt sich im wesentlichen auf den Boden des Entwurfes, er erkennt jedoch nicht, daß noch verschiedene Verbesserungen notwendig und möglich erscheinen.“

Am 27. Oktober 1905 hielt die Direktion des Innungsverbandes deutscher Baugewerksmeister zu Berlin eine außerordentliche Sitzung ab, zu der Delegierte aus allen Teilen Deutschlands erschienen waren. Eine unbedingte Billigung fand der Entwurf nicht; von mehreren Seiten wurde hervorgehoben, daß die Vorlage eine wesentliche Stärkung des Baubankentums und der großkapitalistischen Baugeschäfte zur Folge haben werde.[2])

Am 15. Januar 1906 traten die Preußischen Handwerkskammern in Berlin zu einer Konferenz zusammen, in der folgender Beschluß gefaßt wurde: „Der vorliegende achte Gesetzentwurf zur Sicherung der Bauforderungen an und für sich ist im Interesse des ehrlichen Baugewerbes als ein erfreulicher Fortschritt zu begrüßen und seine baldige Gesetzwerdung dringend erwünscht.“ Es wurden außerdem noch eine große Anzahl von Abänderungen vorgeschlagen.

In ihrem Gutachten vom 6. Januar 1906 erklärt die Handwerkskammer von Breslau: „Wir freuen uns, daß endlich mit diesem Gesetzentwurfe die seit Jahren laut gewordenen Klagen der

[1]) Protokoll der Preuß. Handwerkskammern S. 21 — Die folgenden Angaben, besonders über die Äußerungen der einzelnen Kammern, verdanke ich der liebenswürdigen Auskunft der Wiesbadener Handwerkskammer.

[2]) Baugewerkszeitung vom 8. November 1905 (Nr. 89).

Bauhandwerker und Lieferanten über die Unsicherheit der Realisierung ihrer Forderungen behoben werden sollen und daß hoffentlich dadurch ein großer Teil der Mißstände im Baugewerbe, namentlich der unreelle Bauschwindel beseitigt werden kann. Daß ein derartiger Gesetzentwurf endlich nach langem Zögern den gesetzgebenden Faktoren vorgelegt ist, wird von allen Teilen des mittelschlesischen Baugewerbes mit Genugtuung begrüßt."

Die Kammer von Dresden begrüßt in ihrem Gutachten vom Herbst 1905 den Entwurf als einen bedeutenden Fortschritt auf dem Gebiete des Bauwesens und verspricht sich von ihm, daß, wenn er Gesetz geworden ist, die aus den Kreisen der Bauhandwerker seit Jahren geäußerten Wünsche nach einem ausreichenden Schutze der sog. Bauforderungen ihrer Verwirklichung näher gebracht und damit große Mißstände im Baugewerbe beseitigt werden. Die Kammer stimmt deshalb dem Entwurf im allgemeinen zu.

Die Kammer von Reutlingen ist der Ansicht, daß das Gesetz einem Bedürfnis entgegenkomme.[1])

Schwerin bringt in seiner Äußerung vom 2. Dezember 1905 dem neuen Entwurf durchaus sein Einverständnis entgegen und befürwortet seine Einführung.

Stuttgart hält in seinem Gutachten vom 16. Nov. 1905 den neuen Entwurf für eine wesentliche Verbesserung gegenüber dem Entw. von 1901, wünscht nur zu einigen Bestimmungen Abänderungen und erklärt sich mit der Fassung und dem Inhalt der übrigen §§ einverstanden.

Ulm verneint, daß durch die Einführung des Gesetzes etwa Nachteile herbeigeführt werden können, die seine Vorteile überwiegen.

Welche Stellung die Grundbesitzer und Bankkreise zu dem Entwurfe nehmen, ist dem Verfasser leider nicht bekannt geworden; jedenfalls haben sich Haberland, der Direktor einer Berliner Bodengesellschaft, ein alter Gegner der Bauhandwerker, in einem Vortrage, den er im Verbande der Baugeschäfte von Berlin und

[1]) Auszug aus dem Protokolle der Vorstandssitzung vom 17. Nov. 1905.

den Vororten gehalten hat,[1]) sowie ein Aufsatz in der Berliner Börsenzeitung vom 4. Februar 1906 Nr. 58 gegen die Annahme des Entwurfes ausgesprochen, der letztere besonders mit dem Hinweise, die früher gerügten Mißstände im Baugewerbe hätten sich im wesentlichen verloren, man sollte die Abstellung etwaiger Übelstände den Beteiligten selbst überlassen.[2]) — Die Handelskammern dürften sich vielleicht für den Entwurf aussprechen, da er auch die Lieferanten von Baumaterialien schützt und damit auch die Interessen des Handelsstandes wahrt. Sicher ist, daß die Handelskammer von Wiesbaden[3]) dem Entwurfe durchaus sympathisch gegenübersteht. Da auch der Reichstag wiederholt die Mißstände im Baugewerbe anerkannt und dringend Abhilfe verlangt hat,[4]) so darf man begründete Hoffnung hegen, daß auf der Grundlage des Entwurfes nun endlich ein Gesetz geschaffen wird, das dem Bauhandwerker den ihm gebührenden Schutz gewährt, die Mißstände des Bauwesens beseitigt und damit eine der wichtigsten Fragen in unserm wirtschaftlichen und sozialen Leben zur Lösung bringt.

[1]) Zentralblatt für d. deutsche Baugewerbe Nr. 51 vom 22. Dezember 1905.

[2]) Wirklich zwei billige Gründe! Über das Wie der Selbsthilfe hüllt sich die Börsenzeitung natürlich in Schweigen! Das ist ja eben der Grund für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung, daß die Bauhandwerker allein nicht imstande sind, „etwaige Übelstände" wirklich zu beseitigen!

[3]) Nach einer Mitteilung der dortigen Handwerkskammer.

[4]) Vgl. besonders die Sitzung vom 26. Februar 1904 Berichte S. 1307 ff.